Copyright © King Saud University

٣٣٧٣٠

مخطوطة
عما يبدو
في خط حسن
كما كتبه امير الدين
الكشميري سنة
على الاغلب
سنة …هـ
رحمه الله
سنة ١٣٠٠هـ

Copyright © King Saud University

٢١٧,٤
ع . م

٤ر٧ ٢١
ح

(حاشية على كتاب في الفقه) . بخط حافظ أمير الدين الكشميري. ١٢٩٧ هـ.

٣٢٧٢ ٣١٧ ق ٢٦ س ٢٩×٤١سم

نسخة حسنة، خطها نسخ حسن

١- الفقه الحنفي، فقه المذاهب الاسلامية أ- الناسخ ب- تاريخ النسخ.

Copyright © King Saud University

ذاره قبر وليس فيه ميت عهو
ته بائن. فصل في الشهيد وهو
اهل الحرب او البغي او قطاع ا
وجد في معركة ميتا وبه اثر
مسلما ظلما ولم يجب بقتله دية
يصلى عليه ولا يغسل ويدفن في
به الا ما ليس من جنس الكفن ك
والسلاح والجلود والقلنسو
في الكفن ان كان ما عليه ناقص
لسنة وينقص ان كان ما عل
الكفن السنة ويكره ان ينقص عن
يكفن الكفن ويبطل الحنوط ل

Copy… University

ب

بسم الله الرحمن الرحيم

شمع د مجلس ئې کړ فنشان د دلو بار ې   بند فند بيد ګړ وجه ګيرم در نخوزيږي

شبرکړ کسيرې وجسو جې [illegible] ستا پر نور لر   لکه را بيدا سيوز منجلو زاد ې

وکنيم کړ وير ده فکر د ستا کړه   ونير دير کرم لحاب د زنا کړ [illegible]

در ست بشير د محي ستي نخنند کړه   زنا فيقيخا دا دير جي بشه يو سو [illegible]

ده مان کړ فنسر وکلو بينا سنيته دي   ستا زيکړ کا رننة بيره ګل د [illegible]

ترور ويد هندوستان بر بيابان   لکه را بيد سيو ماشوم د رالله

بسم الله الرحمن الرحيم

نو دي بياد مدوم زانه بتيکار کړه   ساقي د ل سوز بيو خور و جغامه کړه

لسورت بمي حلت تا سور وزير کړه   کړ ستا د خول بيا لړ ينا حاره کړه

بحرجي تا د رقيب و غوز يار زانو دير کړه   خور ما شو ي خيل کړ وان پاره کړه

ماجي لاسي د خيل اشنا يې سيز کېنو   ده مجمي زانه بنا کړه حل بلنقمه کړه

پر ستا کړ مخلوق زه دي لعل منجاو تيم کړ خواز هم   فعا شقان ي شما و کړه

زه ميرا تار کړ وهم د يار لقم   کي دير سي حقابل دو پاره کړه

بسم الله الرحمن الرحيم

بسم الله الرحمن الرحيم

Copyright © King Saud University

لتا

حروف جاره
باو تا و کاف و لام واو و منذ و مذ خلا
رب حاشا من عدا فی عن علی حتی الی

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

صاحبزاده حميد الله
۲۰ ربیع الثانی ۱۳۹۲ھ
۲۳ مئی ۱۹۷۲ء

حميد الله عفي عنه

ملك مكتبة جامعة الرياض
شراء من صاحبزاده حميد الله
في ١٧/١/١٣٩٢ھ

ف ٥٠١/٢
١١/١٧/١٣٩٩ھ

مركز المخطوطات
اسم الكتاب (حاشية على كتاب في النحو) الرقم ٩٧٧٣
اسم المؤلف ؟
تاريخ النسخ ١٢٩٧هـ
عدد الأوراق ٣١٧ق القياس ٢٥×١٦
ملاحظات

٢١٧/٤
ع

باو تا و کاف لام واو منذ

Copyright © King Saud University

وبه نستعين

رب يسر بسم الله الرحمن الرحيم وتمم بالخير

كتاب البيوع

البيع مبادلة المال بالمال بالتراضي وهو من الأضداد
يقع في الغالب على إخراج المبيع عن الملك قصدا ويتعدى إلى المفعول الثاني بنفسه
وبحرف الجر يقال باعه الشيء وباعه منه والشراء كذلك من الأضداد قال الله تعالى وشروه
بثمن بخس أي باعوه ويقع على إخراج الثمن عن الملك قصدا والمراد من المصدر على ما دل
أنواع كبيع العين بالعين ويسمى مقايضة ويكون كل واحد منهما مبيعا وثمنا وبيع العين
بالثمن وهو المطلق وبيع الثمن بالثمن وهو الصرف وبيع الدين بالعين وهو السلم
وبيع المساومة وهو البيع بأي ثمن يتفقان عليه وبيع المرابحة وهو البيع بالثمن الأول
وزيادة وبيع التولية وهو البيع بالثمن الأول بلا زيادة وبيع الوضيعة وهو البيع
بالنقصان عن الثمن الأول [illegible] والبيع منطلق على الكل وقيل أنواع البيع تنتهي
إلى عشرين نوعا وأكثر والكل مذكور في النهاية وهو مشروع بالكتاب وهو قوله تعالى
وأحل الله البيع والسنة قال عليه السلام يا معشر التجار إن بيعكم هذا يحضره اللغو والكذب
فشوبوه بالصدقة وكذا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يتبايعون فقررهم
على ذلك والتقرير أحد وجوه السنة وعليه إجماع الأمة والمعقول وهو أن الله جعل المال
سببا لإقامة مصالح العباد وشرع التجارة طريقا إلى الاكتساب إذ كل ما يحتاج إليه كل أحد
لا يوجد مباحا في كل موضع وفي الأخذ على سبيل التغالب فساد والله لا يحب الفساد فشرع
التجارة بطريق التراضي وإليه أشار بقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة
عن تراض وأما سببه فتعلق البقاء المقدور بتعاطيها وقد عرفت في أصول الفقه وأما ركنه
فالإيجاب والقبول [illegible] وأما شرطه فأنواع منها في العاقد وهو أن يكون عاقلا مميزا
ومنها في الآلة وهو أن يكون بلفظ الماضي ومنها في المحل وهو أن يكون مالا متقوما وأن يكون
مقدور التسليم ومنها التراضي ومنها شرط النفاذ وهو الملك والولاية وأما حكمه فثبوت
الملك وهو عبارة عن القدرة على التصرفات في المحل شرعا إلا لمانع
إلا لمانع احترازا عن تصرف المشتري في المبيع قبل القبض بالبيع فذلك ممتنع مع كونه ملكه

لنهي

لنهي النبي عليه السلام عن بيع ما لم يقبض وأما وجوب الاستبراء وثبوت الشفعة وعتق القريب
وملك المتعة في الجارية والجنايات الثابتة في البيع فأحكام البيع لكن بطريق الضمن
قوله البيع ينعقد بالإيجاب والقبول الانعقاد عبارة عن انضمام كلام أحد العاقدين مع
الآخر والبيع عبارة عن أثر شرعي يظهر في المحل عند الإيجاب والقبول حتى يكون العاقد قادرا
على التصرف وإليه أشار بقوله ينعقد حيث لم يقل البيع هذا اللفظان والإيجاب عبارة عما يتكلم
به أحد المتعاقدين من قولهما بعت واشتريت والدليل على ما ذكره مطلقا عند هذا بقوله
وإذا أوجب أحد المتعاقدين البيع والمراد من الإيجاب هنا هو الإثبات لأن يكون المراد
منه الإلزام حكم على وجه يأثم صاحبه عند تركه لأنه لا يثبت لأحدهما على الآخر فقوله بعت
يثبت كلام نفسه أو يثبت الجواب على الآخر إما بالرد أو بالقبول وذلك لأن الإيجاب
نقل الفعل صرف الممكن من الإمكان إلى الوجوب أي إلى التحقق والثبوت فإن قوله بعت
قبل أن يتكلم به البائع كان في حيز الجواز فلما قال بعت فقد صرف من ذلك الحيز إلى
الثبوت فكان هو مثبتا لكلامه أو كان مثبتا الجواب على الآخر فعلى الوجه الأول
كان ينبغي أن يسمى القبول إيجابا أيضا إلا أن المشتري لما قبل ما أوجبه البائع سمي قبولا
للتمييز بين السابق واللاحق قوله والإنشاء يعرف بالشرع وهو إثبات ما لم يكن ثابتا
لأن الواضع لم يضع للإنشاء لفظا خاصا فاستعمل اللفظ الذي وضع للإخبار من الماضي
للإنشاء وإنما خص بلفظ الماضي لأنه يستدعي سبق المخبر به فيكون الكلام صحيحا عقلا وشرعا
حكما وحكمة فكان الوجود [illegible] مقتضى الحكمة فإذا قصد الإنشاء اختير اللفظ الذي
لنبه الوجود وهو لفظ الإخبار عن الماضي قوله ولا ينعقد بلفظين أحدهما لفظ
المستقبل بخلاف النكاح فإنه لو قال [illegible] زوجتك ينعقد النكاح والفرق
أن النكاح لا يخلو عن تقدم الخطبة والخطبة وهما يدلان على أن المراد الحال أما البيع
فيقع بغتة فيحتمل قوله أبيعك عدة [illegible] دالا على الوجود لا محالة و
لأن قوله زوجني [illegible] فيجعل قوله زوجت [illegible] كلام
الواحد لا ينعقد البيع من الجانبين إذا لم يكن أحدهما وليا عليه من الآخر ولا [illegible]
[illegible] فإن البيع ينعقد [illegible]
بالتعاطي [illegible] قوله في
النفيس والخسيس هو الصحيح المراد من النفيس ما كثر ثمنه كالعبد والأمة ومن الخسيس
ما قل ثمنه كالبقل والرمانة واللحم والخبز وقوله هو الصحيح احترازا عن قول الكرخي فإنه قال
إنما ينعقد البيع بالتعاطي في الأشياء الخسيسة نحو البقل وعامتهم على أنه ينعقد في
جميع الأشياء الخسيسة والنفيسة في ذلك سواء لأنه وجد التراضي وهو المعتبر في البيع

فيكون المراد بقوله ينعقد يحصل أي البيع يحصل

Copyright © King Saud University

الا انه لما كان باطنا اقيم الايجاب والقبول مقامه لدلالتهما على التراضي والتعاطي ادل على
الرضاء منهما والشرط في بيع التعاطي الاعطاء من الجانبين عند شمس الائمة الحلواني ره
وقيل الاعطاء من احد الجانبين يكفي قوله انشاء قبل في المجلس خيار القبول عندنا الى
آخر المجلس وعند الشافعي ره على الفور ولنا ان المشتري يحتاج الى التامل والتروي
انه هل يوافقه ام لا فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر
قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر قوله لخلوه عن ابطال حق الغير
فان قيل تعلق به حق المشتري فوجب ان لا يمكن من ابطاله كمن عجل الزكوة الى الساعي
قبل تمام الحول فانه لا يتمكن من استرداده قبل تمام الحول لتعلق به حق الغير وكذا لو قضى
المكفول عنه المال الى الكفيل قبل ان يعطي الكفيل الى صاحب المال شيئا ليس للمكفول عنه ان
يرجع على الكفيل لتعلق حق الكفيل به على اعتبار قضاء الدين من ماله قلنا اما الزكوة
فالنصاب قبل تمام الحول علة تشبه السبب فتعلق حق الفقير بالمعجل نظرا الى وجود اصل
العلة واما الكفالة فلان الكفيل وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه ولهذا
صح ابراء الكفيل للمكفول عنه قبل اداء الكفيل والابراء عن الدين قبل الدين لا يصح الا ان
المطالبة تتاخر الى وقت الاداء فيكون بمنزلة الدين المؤجل يملكه بقبضه واما ههنا فبمجرد
ايجاب البيع لم يثبت للمشتري في المبيع ملك ولا حق بل شراء عبارة الامر انه يثبت للمشتري
حق التمليك ولكن هذا الايجاب عن حقيقة الملك فلو لم يكن للموجب الرجوع يلزم تعطيل
حق المالك لحق التملك وهذا لا يجوز الا ترى ان للاب حق التملك في مال الابن ثم قبل
تملكه يجوز التصرف كيف ما شاء واراد قوله والكتاب كالخطاب وهو ان يكتب نفلا
اما بعد فقد بعت عبدي فلانا منك بالف درهم فلما بلغه الكتاب قال في مجلسه ذلك
اشتريت او قال قبلت تم البيع بينهما وكذا الارسال وهو ان يرسل رسولا فيقول البايع بعت
هذا من فلان الغايب بالف درهم فاذهب يا فلان فقل له فذهب الرسول فاخبره بما
قال فقال المشتري في مجلسه ذلك اشتريت او قبلت تم البيع بينهما لان الرسول معبر
سفير ينقل كلام المرسل فاذا اتصل به الجواب ينعقد وكذا الجواب في الاجارة والهبة و
الكتابة فاما في الخلع والعتق على مال فانه يتوقف شطر العقد من الزوج والمولى على
قبول الاخر وراء المجلس بالاجماع حتى ان من قال اخلعت امراتي فلانة الغايبة على الف
درهم فبلغها الخبر فاجازت وقبلت صح وكذا الاعتاق على مال يتوقف على اجازة العبد
وان كان غايبا بخلاف البيع والشراء فانه لا يتوقف واما في النكاح فلا يتوقف الشطر عند
ابي حنيفة ومحمد ره وعلى قول ابي يوسف ره يتوقف قوله وليس له ان يقبل في بعض المبيع
فاذا اوجب البايع البيع في شيئين او ثلاثة واراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما

دون

دون الآخر فهذا على وجهين اذا كانت الصفقة واحدة ليس له ذلك وان كانت متفرقة فله ذلك
وهذا لان الصفقة اذا كانت واحدة والمشتري يقبل العقد في احدهما يريد تفريق الصفقة على
البايع وفيه الضرر بالبايع لان العادة فيما بين الناس انهم يضمون الردي الى الجيد في الساعات
وينقصون شيئا عن ثمن الجيد لترويج الردي بالجيد فلو ثبت خيار قبول العقد في احدهما فالمشتري
يقبل العقد في الجيد ويترك الردي على البايع في المجلس فيزول الجيد عن ملك البايع باقل من
ثمنه وفيه ضرر بالبايع وقال الفقيه ره الا ان يرضى البايع في المجلس نحو ان يقول بعتك هذا العبد
بخمسين فيقول المشتري قبلت في نصفه فرضي به البايع او يقول بعتك هذين العبدين بعشرة فيقول
المشتري قبلت في احدهما فرضي به البايع ويكون ذلك من المشتري في الحقيقة استينافا لايجاب فيتولد
فاذا رضي به البايع في المجلس يصح وانما يصح هذا اذا كان للبعض الذي قبله المشتري حصة معلومة
من الثمن نحو ما ذكرنا من المثال في العبد الواحد وفي العبدين لان الثمن ينقسم عليهما باعتبار
الاجزاء فيكون حصة كل جزء معلومة واما اذا كان الثمن ينقسم باعتبار القيمة نحو ان اضاف العقد
الى عبدين او ثوبين لم يصح العقد اذا قبل المشتري في احدهما وان رضي البايع به لان القبول
من المشتري لما جعل بمنزلة ابتداء ايجاب فاذا لم يكن حصة كل واحد منهما معلومة لو جاز
البيع في الذي قبل كان هذا ابتداء عقد بالحصة وانه لا يجوز ولو قال بعتك هذين العبدين
هذا بالف فقبل المشتري البيع في احدهما ذكر في بعض المواضع انه يجوز وذكر في الجامع انه لا
يجوز الا ان يقول بعتك هذا بالف وهذا بالف فقبل المشتري احدهما جاز اما اذا لم يعد
لفظ البيع كانت الصفقة واحدة فلا يصح قبول احدهما وان سمى لكل واحد منهما ثمنا فعلى
هذا قوله في المتن الا ان يبين ثمن كل واحد لانه صفقات معنى اي الا ان يصرح بتكرار لفظ
العقد لانه يتعدد الصفقة لا بمجرد بيان ثمن كل واحد ثم لا بد من بيان اتحاد الصفقة
وتفريقها فنقول اذا اتحد البيع والشراء والثمن بان ذكر الثمن جملة والبايع واحد والمشتري
واحد كانت الصفقة متحدة قياسا واستحسانا وكذلك تفرق الثمن بان سمى لكل بعض من المبيع
ثمنا على حدة ولحقنا الباقي بان قال البايع بعتك هذه الاثواب العشرة كل ثوب منها
بعشرة كانت الصفقة متحدة ايضا وكذلك اذا كان البايع او المشتري اثنين والثمن ذكر
جملة بان قال البايع لرجلين بعت هذا منكما بكذا او قال المشتريان اشترينا هذا منك
بكذا كانت الصفقة متحدة وهذا هو الكلام في الاتحاد واما الكلام في جانب التفريق
فنقول ان تفرقت التسمية بان سمى لكل بعض منها على حدة فتكرر لفظ البيع او الشراء والبايع
واحد والمشتري واحد بان قال البايع لرجل بعت هذه الاثواب بعتك هذا بعشرة
بعتك هذا بخمسة او قال المشتري اشتريت منك هذه الاثواب اشتريت هذا بعشرة اشتريت
هذا بعشرة اشتريت هذا بخمسة كانت الصفقة متفرقة بالاتفاق واما اذا تفرق الثمن الا

انه لم يكن بلفظ البيع والشراء واذا اختلف العاقد بان كان من احد الجانبين اثنين او
كان من كل جانب اثنين ذكر في بعض المواضع انها صفقة واحدة وذكر في بعض المواضع
انها صفقتان قيل الاول استحسان والثاني قياس وقيل الاول قول ابي حنيفة رح والثاني
قول صاحبيه رح ذكر في المغرب الصفقة ضرب اليد على اليد في البيع والبيعة ثم جعلت
عبارة عن العقد بعينه **قوله** لان القيام دليل الاعراض **فان قيل** اذا قال
بعد القيام قبلت كان ينبغي ان ينعقد لان الصريح اقوى من الدلالة **قلنا** ان رجحان
الصريح على الدلالة انما يكون عند المعارضة وذلك انما يكون قبل ان يثبت الحكم بالدلالة
فلما ثبت حكم الدلالة بنفس القيام الذي هو دليل الاعراض لم يعمل بعده لفظ الصريح
القبول وان كان هو قويا في نفسه لان الفسخ بمجرد القيام كان ثابتا والمفسوخ لا
يلحقه الاجازة **قوله** ولنا ان في الفسخ ابطال حق الآخر لان العقد لما تم بالايجاب
القبول يثبت الملك لكل واحد منهما فالفسخ من احدهما كان ابطال حق الآخر بلا رضاه فلا يجوز
كما بعد الافتراق عن المجلس **قوله** والحديث محمول على خيار القبول والتفرق فيه تفرق
الاقوال اي اذا اوجب احدهما البيع فللآخر الخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل وللموجب
خيار الرجوع عما قال قبل قبول صاحبه وهذا الخيار ثابت ما لم يتفرقا قولا فاذا تفرقا
بان قال احدهما بعت والآخر اشتريت لم يبق الخيار بعده **قوله** وفيه اشارة اليه اي في
الحديث اشارة الى خيار القبول فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها ولا قبلها
كالمتقاتلين والمتناظرين ووجه الاشارة ان الاحوال ثلاثة حالة لم يوجد فيها الايجاب و
القبول وحالة وجدا فيها وحالة وجد احدهما بالاطلاق فاسم المتبايعين عليهما في الحالة
الاولى والثانية مجاز باعتبار ما يؤول اليه او باعتبار ما كان فتعينت الحالة الثالثة اذ
هي جامعة قريبة الى الحقيقة اذ الشارع الذي الايجاب ما دام في المجلس لم يرتبط بالقبول
فان قيل بعد وجود كلامهما انما هما الشارع متبايعين لما ان الشارع اعطى
للعقود الشرعية حكم الجواهر لما عرف **قلنا** الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما فان الكلام
كما وجد يضمحل ويتلاشى **فان قيل** ذكر ابن عمر رض ان التفرق تفرق الابدان **قلنا**
تاويل الراوي لا يكون حجة على غيره ولا يكون ردا لاحتمال آخر كيف وقد روي عن النبي
عليه السلام في رواية المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا عن بيعهما **فان قيل** نفي كل واحد
من المحملين اعني ما حمله الشافعي رح وما حملتم انه نوع مجاز اما فيما حمله الشافعي رح
فلما ذكرتم واما فيما قلتم وهو ان التفرق من الاوصاف حقيقة لا يكون الا بالاعيان
فلو اسند التفرق الى القول يلزم قيام العرض بالعرض وذلك لا يجوز الا ان يسند اليه
بطريق التجوز فيجب لذلك ان يسند التفرق الى البدن ليكون قولا بحقيقة التفرق

قلنا

قلنا نعم كذلك الا ان اسناد التفرق الى غير الاعيان شائع وفاش في محاورات الكلام بخلاف
ما هو حسب شيوع الاستعمال به بمنزلة الحقيقة قال الله تعالى وما تفرق الذين اوتوا الكتاب
الا من بعد ما جاءتهم البينة وقال تعالى لا نفرق بين احد من رسله هذان في الاعتقاد و
قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته هذا في النكاح وقال صلى الله عليه و
سلم وتفرق امتي على ثلاث وسبعين فرقة هذا النص في الاعتقاد فكان الحمل على التفرق
حملا على ما هو فاش في الاستعمال وهو بمنزلة الحقيقة من حيث شيوع الاستعمال
وصيانة لاسم المتبايعين عن الحمل مجازا ما ذكرنا وذكر في الاسرار ان المراد من الخيار المذكور
خيار الاقالة بدليل انه اضاف اليهما وانما قال المراد خيار الاقالة لان الاقالة يتعلق بها
هما جميعا الا الرد بخيار المجلس وذكر في الايضاح والكلام للشافعي رح من حيث الفقه
فان قضية العقد اللزوم لانه تم بهما ويتعلق به حق كل واحد منهما فثبوت الخيار يستدعي سببا
لا محالة ولم يوجد وحمل الحديث على خيار القبول منقول عن ابراهيم رح او يحتمله اي
يحتمل الحديث خيار القبول فيحمل عليه عند قيام الدليل وقد دل عليه ما ذكرناه **قوله**
والاعواض المشار اليها هذا يتناول النقدين وغيرهما ثمنا كان او مثمنا لان الاشارة كافية
في الكل اذ هي ابلغ اسباب التعريف الا في الاموال الربوية فان الاعواض اذا كانت من
الاموال الربوية كالدراهم والدنانير والحنطة والشعير اذا بيعت بجنسها مجهولا لم
مقدارها لا يجوز وان اشير اليها **قوله** في جواز البيع احتراز عن السلم لان معرفة
مقدار راس المال شرط فيه عند ابي حنيفة رح اذا كان ما يتعلق العقد على مقداره
قوله والاثمان المطلقة اي الكاملة في الثمنية وهي النقدان لانهما خلقا للثمنية او
اراد به غير المشار اليها لوجهين احدهما انه ذكر في مقابلة المشار اليها والثاني ان
ذكر القدر والصفة شرط في الثمن اذا لم يكن مشارا اليها وان لم يكن هو معلوما
للثمنية فلا يبقى لذكر الاطلاق فائدة والاموال ثلاثة ثمن محض وهو ما يكون مقوما لنفسه
ولغيره وسلعة محضة وهو ما لا يكون مقوما لنفسه ولغيره وما بينهما وهو ما
يصلح ثمنا اذا كان موصوفا كالمكيل والموزون وصورة الاثمان المطلقة قبل بيان
القدر والصفة ما اذا قال اشتريت هذا الشيء بالذهب ولم يبين قدره ولا
وصفه وكذا لو قال بالدراهم وبيان القدر ان يقول عشرة او خمسة وبيان الصفة
ان يقول بخاري او سمرقندي **قوله** وكل جهالة هذه صفتها وهي كونها مفضية
الى المنازعة وهذا احتراز عن جهالة لا تفضي الى المنازعة كما اذا كان مجهول
القدر ومشارا اليه وكما اذا باع عبدا من عبدين على ان المشتري بالخيار
وكما لو باع قفيزا من صبرة مشار اليها **قوله** ومن اطلق الثمن في البيع اي ذكر

(في الهامش: بما اذا كانت ... المقدار يمنع الصحة لاحتمال الربوا وان علم بعينه في الكتاب لا لاذا ذكر مما يتعلق به الربوا وجه الجواب ليس بيانه ههنا)

طعام

Copyright © King Saud University

القدر حتى الصفقة بان قال اشتريته بعشرة دراهم ولم يقل بهاتين او بهذه فانه لو
لم يذكرها كانت هذه المسئلة عين المسئلة الاولى قبل الاستثناء ولو ذكرها كان عين
تلك المسئلة بعد الاستثناء وهو قوله والاثمان المطلقة لا تصح الا ان يكون معروف القدر
والصفة **قوله** كالثنائي والثلاثي ما يكون النقد الواحد احاديا وهو ما يكون الواحد
منه درهما والآخر ثنائيا وهو ما يكون الاثنان منه درهما والآخر ثلاثيا وهو ما يكون
الثلاثة منه درهما فالثنائي الاثنان او الثلاث كالية الواحد من الاحادي فلا يسمى
الواحد من الثنائي او الثلاثي درهما في ذلك العرف بل ينصرف الدرهم في عرفهم الى
احد الاشياء وهو الواحد من الاحادي والاثنان من الثنائي والثلاث من الثلاثي
في نفع العقد على الدرهم المطلق **قوله** ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة ومجازفة
وهذا اذا باع بخلاف جنسه هذا انما يقيد فيما اذا كان شيئا يدخل تحت الكيل فاما
اذا كان قليلا فيجوز بيع البعض بالبعض مجازفة وان كان في جنس واحد حتى لو باع
نصف من من الحنطة بمنوين من الحنطة يجوز كذا في الذخيرة **قوله** وعن ابي حنيفة رح انه
لا يجوز في البيع ايضا لان البيع في المكيلات والموزونات اما ان يكون مجازفة او بذكر
القدر ففي المجازفة المعقود عليه ما يشار اليه وعند ذكر القدر المعقود عليه ما سمي
من القدر ولم يوجد ههنا شيء منهما فانه ليس بمجازفة ولا يشترط فيه الكيل اذا لم يكن الكيل
معلوما بمن اشترط ذلك في بيع العيان ان عين مكيالا لا ينكبس بالكبس كالزنبيل ونحوه
لا يجوز العقد فيه لانه يتمكن المنازعة بينهما في الكيل وان كان شيئا لا ينقبض ولا ينبسط
كالقصعة ونحوها يجوز **قوله** وقالا يجوز في الوجهين او سمى جملة القفزان او لم
يسم بجهالة المبيع والثمن **فان قيل** سلمنا ان فيها الجهالة ولكن الجهالة انما تفسد
البيع اذا كانت مفضية الى المنازعة وهذه ليست مفضية الى المنازعة لان كل
قفيز يقابل بدرهم وقد ترى اصبار فتعقد الثانية متفاوتة بين ان يكون الصبرة مائة قفيز
او لم يكن **قلنا** لا تفضي الى المنازعة لان البائع يطالب المشتري بقبض الثمن اولا
والثمن غير معلوم وهذا لا يدفع ما لم يعرف قدر ما وجب عليه من الثمن لان ذلك انما
يكون عند معرفة قدر المبيع فتنازعان **قوله** ولهما ان الجهالة بيدهما ازالتها
مثلها غير مانع **فان قيل** بل مثلها مانع ايضا كما في البيع بالرقم فانه فاسد وان كانت
ازالة الجهالة بيدهما **قلنا** انما فسد البيع بالرقم لان فيه زيادة جهالة تمكنت في
صلب العقد وهو جهالة الثمن بسبب رقم لا يعلمه المشتري فصار هو بمنزلة
القمار لانه يحتمل ان يبين البائع قدر الرقم بعشرة دراهم او اكثر او اقل وعن هذا
قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني فانه علم بالرقم في المجلس لا ينقلب ذلك العقد

قوله ومن باع صبرة طعام كل قفيز
بدرهم جاز البيع في قفيز واحد عند
ابي حنيفة فان قلت اذا استاجر الدار كل
شهر بدرهم جازت الاجارة
في الشهر الاول والثاني والثالث كالجا
في الاول عند ابي ح على اختيار بعض
الفقهاء فما وجه الفرق قلت انما
جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول
والثاني لان الدار مجهولة لتعامل
الناس من غير نكير ولا تعامل في
بيع الصبرة كل قفيز بدرهم فبقي
على القياس الهداية

جائزا

جائزا ولكن لكان البائع دائما على الرضاء فرضي به المشتري ينعقد بينهما عقد ابتداء بالتراضي
اما في مسئلتنا قدر المبيع كما يعلم بكيل البائع وكذلك يعلم بكيل المشتري فكان ازالة الجهالة
بيدهما فيجوز واما جواب ابي حنيفة رح من مع عبدين عبدين ان القياس فيه الفساد ايضا
الا انا جوزناه استحسانا بالنص ولا اصل ان عند ابي حنيفة رح ان كلمة كل متى اضيف الى
ما لا يعلم منتهاه يتناول ادناه وهو الواحد كما قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد
وكذلك لو اشترى صبرة من الحنطة كل قفيز بدرهم وكذلك اذا آجر دارا كل شهر يلزم
العقد في شهر واحد وعندهما هو كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوما بالاشارة اليه
اما فيما يعلم جملته بالاشارة فالعقد يتناول الكل كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية لان
الاشارة ابلغ في التعريف وههنا الجملة معلومة بالاشارة فيجوز العقد في الكل عندهما
ولا جهالة في ثمن كل واحد منهما والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي الى المنازعة وفي الفوائد
الظهيرية **فان قيل** ما ذكره ابو حنيفة وصاحباه رح ينتقض بما اذا قال كل امرأة اتزوجها
فهي طالق او قال كل عبد اشتريه فهو حر فانه ينصرف الى كل امرأة تزوجها والى كل عبد
يشتريه فينبغي ان لا يجوز هذا على ذلك الاصل المذكور اتفاقا **قلنا** نحن ندعي ذلك
فيما يجري فيها فيه المنازعة لا فيما لا يجري فيه النزاع **قوله** لتفرق الصفقة عليه
فان قيل ينبغي ان يكون البائع بالخيار ايضا لتفرق الصفقة عليه ايضا **قلنا** التفرق
في حقه جاء من قبله لامتناعه عن الكيل الكيل فكان راضيا **فان قيل** ينبغي ان لا
يكون للمشتري الخيار على قول ابي حنيفة رح لان شراء الصبرة يقع على قفيز واحد عنده
فكانه اشترى قفيزا من صبرة وثمة لا يكون له الخيار **قلنا** هذه المسئلة مجتهد فيها لا
تعرف حكمها كل فقيه فكيف العامي فما دام لم يكن المشتري عالما بان العقد وقع على قفيز
واحد وقد علم الآن يثبت له الخيار وعند العلم بالكيل او يسمي جملة قفزانها في المجلس يزول
ثبوت الخيار للمشتري فيتم لم يره ثم رآه لان الثمن كان مجهول القدر عنه وانما كشف
الحال الآن مقدار الواجب عليه ثمنا في الحال فيتخير لاجله ويسمى هذا خيار الكشف **قوله** و
القدر ليس بوصف اعلم ان المشايخ رح ذكروا في الفرق بين الاصل والوصف حدا وهو
قيل ان ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه وصف وما لا يتعيب بالتبعيض
والتشقيص فالزيادة والنقصان فيه اصل وقيل الوصف ما لوجوده تاثير في تقوم غيره
وبعدمه تاثير في نقصان غيره والاصل ما لا يكون بهذه المثابة وقيل ان ما لا ينتقص
الباقي بفواته فهو اصل وما ينتقص الباقي بفواته فهو وصف فعلم بهذا ان القدر في
المكيلات والموزونات اصل والذرع في المذروعات وصف فاذا انتقص قفيز من
مائة قفيز لا يتعيب الباقي ويشتري الباقي بالثمن الذي كان بحصته يشتري مع القفيز

Copyright © King Saud University

والملك واليد والعين اذا فاتا ينقص قيمة الغنم وكذا الذراع الواحد من الثوب او الدار اذا
فات لا يشتري الباقي بالثمن الذي كان يشتري معه فان العتابي اذا كانت خمسة عشر ذراعا
ويشترى بخمسة عشر دينارا فاذا انتقص خمسة اذرع منه لا يشترى الباقي بعشرة دنانير قوله و
الوصف لا يقابله شيء من الثمن دل عليه ان الجارية اذا اعورت في يد البائع قبل القبض لا يسقط شيء
من الثمن وكذا للمشتري ان يبيعها مرابحة بالثمن الاول من غير بيان فان قيل الاوصاف لو لم يقابلها
شيء من الثمن وجب ان لا يرجع بنقصان العيب فيما اذا اشترى الرجل ان رجلا لو اشترى عبدا
فاعتقه او مات عنده ثم اطلع على انه لم يكن اصابع يده تامة يرجع على بايعه بالنقصان وكما لـ
الاصابع وصف فيه لدخوله تحت حد الوصف الذي ذكره قلنا الاوصاف لا يقابلها شيء من
الثمن الا اذا صارت مقصودة بالتناول حقيقة او حكما اما حقيقة فكما اذا باع عبدا فقطع
البائع يده قبل القبض يسقط نصف الثمن لانه صار مقصودا بالقطع واما حكما فبان يكون
امتناع الرد بحق البائع او بحق الشارع اما حق البائع فكما اذا ازداد المبيع ثم عيبا فقطع البائع
يجب البيع عند المشتري واما حق الشارع فكما اذا ازداد المبيع بان كان ثوبا فخاطه ثم وجد
به عيبا فالوصف حينئذ صار وصفا مقصودا باحد هذين الوجهين ياخذ قسطا من الثمن
كذا في الفوائد الظهيرية قوله كالاطراف في الحيوان كما اذا اشترى جارية فاعورت في يد
البائع قبل التسليم قوله ولو قال بعتكها على انها مائة ذراع كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة
فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان الذراع وصف من وجه
واصل من وجه لانه عين ينتفع به بانفراده فعملنا بالشبهين في الجانبين فقلنا اذا قال لكل
ذراع بدرهم كان اصلا اذ الثمن لا يقابل الاوصاف فينزل كل ذراع منزلة ثوب فان قيل
الذراع لو كان اصلا على تقدير الافراد بذكر الثمن بقوله كل ذراع بدرهم يجب ان يمتنع دخول
الزيادة في العقد كما اذا باع صبرة على انها عشرة اقفزة فاذا هي احد عشر لا يدخل الزيادة في
العقد قلنا الفرق بينهما هو ان الزيادة لو لم يدخل في العقد يفسد العقد لانه يصير بايعا
بعض الثوب وانه لا يجوز بخلاف الصبرة كذا في الفوائد الظهيرية وفي شرح الطحاوي وكذلك
كل موزون اذا كان في تبعيضه ضرر كالدرع والاناء من فضة او صفر وما اشبه ذلك اشتراه
على انه كذا فوجده اقل او اكثر فهو على التفصيل الذي ذكرنا في الذرعي لان الوزن فيما في تبعيضه
ضرر من جملة الصفة كالذرع في الذرعي قوله وهو المعاين اي الذي وقع عليه الذراع معاين
لانه مجهول لان الحشر يحل مكانا معينا فيكون محاذيا من المعاين للعين الجزء الشايع
لا يسمى الدرهم واما الجهالة في ان تلك العشرة في اي موضع من الدار في صدرها او في
اسفلها او في غير ذلك بخلاف السهم لان عشرة اسهم شايع في الكل فلم يبق فيه جهالة تفضي
الى المنازعة فكان صاحب عشرة اسهم شريكا لصاحب تسعين سهما في جميع الدار على قدر

[illegible]

الثوب

نصيبهما

نصيبهما وليس لصاحب الكثير ان يدفع الى صاحب القليل نصيبه في اي موضع كان فلا يؤدي
الى المنازعة قوله خلافا لما يقوله الخصاف رحمه الله في هذه المسئلة ان فساد البيع عند ابي حنيفة
رحمه الله لجهالة جملة الذرعان فاما اذا عرف مساحتها يجوز عنده وجعل هذه المسئلة على ما
لو باع كل شاة من القطيع بعشرة اذا كان عدد جملة الشاة معلوما يجوز عنده وان لم
يكن معلوما لا يجوز عنده وذكر ابو زيد الشروطي رحمه الله ان على قول ابي حنيفة رحمه الله البيع فاسد
وان علم جملة الذرعان وهو جواب الجامع الصغير وهو الصحيح قوله لبقاء الجهالة المفضية
علم جملة الذرعان او لم يعلم فالمشتري يطالبه من مقدم الدار والبائع يسلم من مؤخرها
فيؤدي الى النزاع ومما يوضح الفرق بين السهم والذراع ان ذراعا من مائة ذراع ودرهما
من عشرة سواء وسهم من عشرة اسهم لا يوازيه سهم من مائة سهم فذكر في الجامع الصغير
للامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله ولم يذكر ههنا ولا في المبسوط انه لو اشترى عشرة اذرع من
هذه الدار وهو لا يعلم كم هي من مائة ذراع كيف الحكم فيه على قولهما فمن اصحابنا من يقول ينبغي ان لا
يجوز العقد بمنزلة ما لو اشترى سهما من سهامها والاصح انه يجوز عندهما لان هذه الجهالة
لا تفضي الى المنازعة فانه يمكن ان يذرع جميع الدار حتى اذا كانت مائة ذراع علم ان
المبيع عشرها وان كانت خمسين ذراعا علم ان المبيع خمسها بخلاف ما لو اشترى سهما منها
ولم يقل من كذا وكذا سهما لان تلك الجهالة لا يمكن دفعها فسهم من سهمان النصف
وسهم من عشرة اسهم العشر اما في الذرع فازالة الجهالة ممكنة قوله ولو اشترى عدلا
على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر فسد البيع لجهالة المبيع او الثمن اما في
فصل النقصان فلجهالة الثمن لانه يحط عن الثوب الواحد وثمن ثوب في احد مجهول
لانه اذا لم يسم لكل ثوب ثمنا فالثمن انما ينقسم على الاثواب باعتبار القيمة فلا يدرى
قيمة الغائب بيقين اذ لا يدرى انه كان جيدا او وسطا او رديا حتى يطرح عن المشتري
قيمته فاذا صار حصة الغائب مجهولة صار ثمن الباقي مجهولا ضرورة وهذا لان الوصف
الغائب جيدا ينقص حصة الباقي ولو صار رديا يزيد حصة الباقي فيوضح ان ثمن
المشتري مجهول وجهالة الثمن توجب فساد البيع واما في فصل الزيادة فلجهالة المبيع
لان المبيع عشرة من احد عشر اذ الزائد على العشرة لم يدخل تحت البيع وبيع العشرة من
احد عشر فاسد لجهالة المفضية الى النزاع وهذا لانه يجب رد الزائد على البائع ولا
يدرى اي ثوب يرد على البائع الجيد ام الردي فالبائع يطالبه بالجيد والمشتري يرده
الردي فجهالة المبيع توجب فساد البيع قوله ولو بين لكل ثوب ثمنا بان قال كل ثوب
بعشرة وان نقص صح بقدره لان المبيع معلوم كانه متناول الكل والثمن معلوم لانه متى
سمى لكل ثوب عشرة كانت حصة الغائب معلومة وهي العشرة فيكون حصة الباقي وهي

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

تسعون معلومة بخلاف ما اذا لم يسم ثمنا لان حصة الغائب لا يعلم انها عشرة ام تسعة
ام احد عشر فجهالته موجبة في جهالة الباقي فلم يجز البيع فيما اذا نقص من عشرة اثواب
استنادا باخذ كل ثوب بما سمى واستثنا ذلك لانه ربما يكون الباقي رديا والغائب جيدا و
المشترى انما رغب في الردى لمكان الجيد فيتضرر بتفريق الصفقة قبل التمام فيتخير دفعا للضرر عنه
وان زاد فسد لان العقد يتناول العشرة فعليه رد الثوب الزائد وهو مجهول وجهالته توجب
المبيع مجهولا وذكر شمس الائمة على ان الجواب في فصل النقصان قولهما اما عند ابي حنيفة رحمه الله
فالعقد فاسد لان العقد فسد في البعض لفساد مقارن وهو عدم المعقود عليه اذ
لا سبب للفساد اقوى من عدم المعقود عليه والعقد متى فسد بفساد مقارن للعقد
يفسد عنده في الباقي كما لو جمع بين حر وعبد او اشترى ثوبين على انهما هرويان وبين
ثمن كل واحد منهما فوجد احدهما مرويا فان العقد يفسد عنده فيهما والعقد متى فسد
في الكل اذا وجد احدهما خلاف جنس ما سمى فلان يفسد ههنا ولم يوجد احدهما سمى
اصلا اولى قال شمس الائمة السرخسي رح الاصح ان هذا توهم لانه انما فسد العقد في
الكل ثمة لوجود العلة المفسدة وهي انه قبول العقد فيما يفسد فيه العقد شرط القبول
في الآخر ولم يوجد ههنا لانه ما جعل قبول العقد في المعدوم شرطا للقبول في الموجود
ولانه قصد ايراد العقد على المعدوم وانما قصد ايراد العقد على الموجود فقط
ولكنه غلط في العد بخلاف مسئلة الهرويان لانه جعل ثمة قبول العقد في كل واحد من
الثوبين شرطا للقبول في الآخر وهو شرط فاسد وكذا في مسئلة الحر لانه يتخصص وجود
تحقق الاضافة اليه والقبول فيه فيصير ذلك شرطا فاسدا ولا كذلك ههنا اذ لا قبول
شرط في المعدوم **قوله** فيجري عليه اي يجري على النصف حكم المقابلة وفي بعض النسخ
فيجري عليه من التجزية وهو ظاهر **قوله** نعتقد عنده عاد الحكم الى الاصل وهو او
وصارت العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة والتسعة الجيدة وفي الذخيرة وما
قال ابو حنيفة رح اصح لان الذراع وما دونه في حكم الصفة على ما مر وانما نعتبر اصلا
بمقابلة الثمن به والمقابلة متعينة بالذراع فاذا عدم الذراع لم يثبت جهة الاصالة بقيت
العبرة لكونها صفة فصارت زيادة نصف الذراع بمنزلة زيادة صفة الجودة فيسلم
له من غير ثمن واما الجواب عن قول محمد رح بان الدراهم لما قوبل بالذراع كان نصف
الدرهم مقابلا بنصف الذراع ضرورة فانما نقول كون الذراع بمنزلة العين ليس باصل
بل هو صار اصلا باعتبار الافراد بمقابلة الافراد فاسم الدرهم لا يقع على ما دون الدرهم
وكذلك الذراع فكانت المقابلة مقتصرة على موضع الافراد وهو الدرهم فلما انعدمت
المقابلة من حيث اللفظ رجع الذراع الى اصله وهو الصفة وهذا هو الجواب الخ

عن قول

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

عن قول ابي يوسف رح وما ذكر ان الذراع وصف في الثوب الذي يتفاوت جوانبه وفيما يضره
التبعيض كالقميص والسراويل والعمامة والقلنسوة واما اذا اشترى كرباسا لا يتفاوت جوانبه
على انه عشرة اذرع بعشرة دراهم فاذا هو احد عشر لا يسلم له الزيادة لانه لا يضره التبعيض
فصار كالمكيل والموزون وعلى هذا اذا باع ذراعا من هذا الكرباس ولم يعين موضعه
يجوز كما اذا باع قفيزا من الصبرة **قوله** ومن باع دارا دخل بناؤها في البيع وان لم يسمه
لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء في العرف **فان قيل** لو حلف لا يدخل
هذه الدار فدخلها بعدما انهدمت يحنث فلو كان اسم الدار يتناول العرصة والبناء
في العرف لم يحنث بعد انهدام البناء لان الكل ينتفي بانتفاء الجزء مع ان الايمان مبنية على
العرف فكان اعتبار العرف هناك اولى من الاعتبار ههنا **قلنا** البناء بمنزلة الصفة
وهي في المعين لغو اذا لم يكن داعية الى اليمين بخبر الا ترى ان من حلف لا ياكل هذا الرطب
فاكله بعدما صار تمرا لا يحنث وقد اعتبرت الصفة في المعين لان صفة الرطوبة
داعية الى اليمين فقد يتضرر بالاكل اكل الرطب دون التمر فتعلقت اليمين بالعين والصفة
ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكل لحمه بعدما صار كبشا يحنث وصفة البناء غير
داعية الى المنع من الدخول فيها فاليمين تعلقت بالاسم وهو باق بعد الانهدام
فيحنث بعده وصفة البناء داعية الى الشراء لان الدار انما تشترى للسكنى ولا سكنى
بلا بناء فيدخل البناء في الشراء عرفا **قوله** ولانه متصل به اتصال قرار والاصل ان الكل
اصل في الدار لان قرار البناء عليها وانما دخل البناء وما كان متصلا بالبناء بطريق
التبعية لاتصال البناء بالعرصة اتصال قرار وما لا يكون متصلا بالبناء لا يدخل في بيع
الدار بلا ذكر الا اذا كان شيئا جرى العرف بين الناس ان البائع يسامح به فيدخل بلا
ذكر ولهذا قلنا ان العلو يدخل في البيع بلا ذكر لكونه متصلا بالبناء والمفتاح لا يدخل
قياسا لانه غير متصل بالبناء فصار كثوب موضوع في الدار وفي الاستحسان يدخل للعرف
اذ البائع لا يمنعه عن المشتري بل يسلمه مع الدار عرفا والقفل ومفتاحه لا يدخلان و
السلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب غير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم
قوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية لانه متصل بها للفصل بخلاف الحمل
حيث يدخل في بيع الام لانه جزء الام فيدخل وان كان يعرض الفصل **قوله** ولو نبت
ولم يصر له قيمة بعد قيل لا يدخل وقيل يدخل وفي شرح القدوري وفي شرح القاضي
الامام الاسبيجابي رح ان الزرع انما لا يدخل في بيع الارض من غير ذكر اذا نبت
بعدما نبت وصار له قيمة اما اذا نبت ولم يصر له قيمة بعد قيل يدخل وقيل لا يدخل
والاول اصح وفي فتاوى الفضلي اذا باع ارضا فيها زرع ولم ينبت فان كان البذر قد

Copyright © King Saud University

نقص في الارض فهو للمشتري والا فهو للبائع وان سقاه المشتري حتى نبت ولم يكن نقص
عند البيع فهو للبائع والمشتري متطوع فيما فعل وكذلك اذا نبت ولم يتقوم بعد واجتهاد
الفقيه ابي الليث انه لا يدخل في البيع ويكون للبائع على كل حال الا اذا بيع مع الارض
اما نصا او دلالة كذا في الذخيرة **قوله** لانهما ليسا منهما اي الزرع والثمر ليسا من الحقوق
والمرافق لان الحق ما يذكر لما هو تابع للمبيع ولا بد للمبيع منه ولا يقصد اليه الا لاجل
المبيع كالشرب والطريق والمرافق لما يرتفق به اي ينتفع ويختص بما هو من التوابع
كالمتوضئ والمطبخ ومسيل الماء **قوله** لم يدخلا لما قلنا وهو قوله لانهما ليسا منهما **قوله**
ومن باع ثمرة لم يبد صلاحها بان لم يصلح لتناول بني آدم وعلف الدواب وقيل لا يجوز
قبل ان يبدو صلاحها لانه يستحق القطع اذ لا يصح البيع بشرط الترك ومستحق
القطع كالمقطوع فلم يكن منتفعا به حالا ومآلا فلم يصح بالعقد **قوله** او هو
صفقة في صفقة وهو اعارة او اجارة في البيع لانه لو كان بمقابلة منفعة الترك
بعض الثمن فهو اجارة مشروطة في البيع وان لم يكن بمقابلتها شيء من الثمن فهو اعارة
مشروطة في البيع **قوله** وكذا اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف لما قلنا انه
شرط لا يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه نفع ومثل هذا يفسد العقد وهذا
لانه يحصل في المبيع زيادة جودة وطراوة وللمشتري فيه نفع والمعتاد الترك بلا
شرط لا اشتراط الترك كذا في الاسرار الفتوى على قول محمد رح **قوله** بخلاف ما اذا لم يتناه
عظمه لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد لمعنى في المبيع من الارض والشجر
وهذه الزيادة تحدث بعد البيع من ملك البائع فكانه ضم المعدوم الى الموجود واشتراها
فيفسد البيع ولو باع كل الثمار وقد ظهر البعض دون البعض فظاهر المذهب انه لا يصح
عندنا خلافا لمالك رح وكان شمس الائمة الحلواني والفضلي يفتيان بالجواز في الثمار
والباذنجان والبطيخ وغيرها ويجعلان الموجود اصلا في العقد وما يحدث بعد تبعا
استحسانا لتعامل الناس وقد روي عن محمد رح في بيع الورد على الاشجار انه يجوز وقد
معلوم ان الورد لا يخرج جملة ولكن يتلاحق البعض بالبعض والاصح انه لا يجوز كما
في المبسوط لانه جمع في العقد بين المعدوم والموجود والمعدوم لا يقبل البيع وحصة
الموجود غير معلومة ويترك القياس بالتعامل انما يجوز عند تحقق الضرورة ولا ضرورة
هنا لان في الباذنجان والبطيخ لانه يمكن ان يبيع اصولها حتى يكون الحادث على ملك
المشتري ولا ضرورة في بيع الثمار لانه يمكنه ان يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر
العقد فيما بقي الى وقت وجوده فلا ضرورة الى تجويز العقد في المعدوم **قوله** لانه
يتغير حاله كتغير اللون والطعم قبل الثمار اذا صارت بهذه الصفة لا تزداد من ملك

البائع

البائع فيها لكن النضج من الشمس واللون من القمر والطعم من الكواكب فلم يبق فيها الا
عمل القمر والشمس والكواكب فلهذا قال محمد رح استحسن جوازه **قوله** لعدم التعارف
والحاجة لان التعارف لم يجر فيما بين الناس باستئجار الاشجار فلهذا لو استأجر نخلا
ليجفف عليها الثياب لا يجوز ولا حاجة لانه يمكن للمشتري ان يشتري الثمار مع اصولها
فيتركها على الاشجار **قوله** فبقي الاذن معتبرا **فان قيل** الاذن يثبت في ضمن
الاستئجار وقد بطل المتضمن فيبطل ما في ضمنه **قلنا** الاذن في الاجارة الباطلة صار
اصلا اذ الباطل عبارة عن المعدوم المضمحل والباطل لا يصلح متضمنا فصار الاذن مقصودا
ولا كذلك في الاجارة الفاسدة لان الفاسد ما كان موجودا باصله فائتا بوصفه
فامكن جعله متضمنا للاذن وبفساد المتضمن يقتضي فساد ما في الضمن فيبطل الاذن
فيتمكن الخبث **قوله** لان الاجارة فاسدة للجهالة اي الجهالة في هذه الادراك فصار
المعقود عليه مجهولا فقد يتقدم الادراك اذا تمحل الحر وقد يتأخر الادراك اذا كان
البرد **قوله** ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة سواء كان على الشجر او
بعدما جذ خلافا لمالك رح لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وهذه الجهالة تفضي
الى المنازعة اذ المشتري يطالب بالاجود والبائع يسلم الاردى على انه يحتمل ان لا يبقى
شيء الا هذه الارطال المستثناة وصح في ظاهر الرواية لان الاصل ان ما يجوز ايراد
العقد عليه بانفراده يجوز استثناؤه من العقد كما لو استثنى قفيزا من صبرة وما
لا يجوز ايراده بالعقد لا يجوز استثناؤه من العقد كما لو استثنى [illegible] من الشاة
ونحوه وهذا لان الاستثناء استخراج بعض ما تناوله الكلام ويحق الحكم دائما يصح في
محل يمكن اثبات حكم الكلام فيه مقصودا وبيع قفيز من صبرة جائز فكذا استثناؤه
وبيع الحمل واطراف الحيوان لا يجوز فكذا استثناؤه وهذا لان الحكم فيه ثبت بعلة
الاصل فلا يستقيم اخراجه عن العقد ويدخل الموجب في حقه تاما **قوله** ويجوز بيع
الحنطة في سنبلها اه **فان قيل** اذا باع حب القطن في قطن بعينه او باع نوى التمر نوى
في تمر بعينه لا يجوز مع انه موجود في غلافه كالحنطة في سنبلها **قلنا** اشار
ابو حنيفة رح الى الفرق بينهما فقال لان الغالب في السنبل الحنطة الا ترى انك تقول
هذه حنطة وهي في سنبلها ولا تقول هذا حب وهو في القطن وانما تقول هذا
قطن وكذلك في التمر كذا في الذخيرة وفي شرح الطحاوي رح الاصل انه اذا باع شيئا
وهو في غلافه قبل الازالة فانه لا يجوز الا الحنطة في سنبلها وكذا سائر الحبوب
في سنابلها والذهب في ترابه والفضة في ترابها بخلاف جنسه من الثمن كما لو باع
لبنا في الضرع او لحما في الشاة او شحمها او اليتها او اكارعها او جلودها او باع دقيقا

Copyright © King Saud University

في هذه الحنطة اعرتها في هذه الزيتون اودهنا في هذه السمسم او عصيرا في العنب من
الاشيا التي خلقها حيث لا يمكن اخذها بعضها الا بافساد الخلقة فلا يجوز البيع
فيها **قوله** فاشترى تراب الصاغة اذا بيع بجنسه اي تراب الفضة بالفضة او تراب
الفضة وتراب الذهب بتراب الذهب او بالذهب وهو تراب تجتمع في موضع يصاغ
فيه الذهب والفضة **قوله** نهى عن بيع النخل اي بيع ثمر النخل **قوله** حتى يبيض وبازت
العاهة وحكم ما بعد العاهة بخلافها ما قبلها فظاهره يقتضي الجواز بعد وجود العاهة
قوله كالشعير يجوز بيع الشعير في سنبله بالاجماع **قوله** وفي مسئلتنا اي بيع الحنطة
في سنبلها الوباعة بجنسه اي باع الحنطة في سنبلها بحنطة في سنبلها لا يجوز لشبهة
الربوا لانه لا يدرى قدر ما في السنابل **قوله** اذ لا ينتفع بها الا بما يتعلق به وهو الذي
يدخل من المفتاح **فان قيل** الانتفاع بالدار لا يمكن الا بالطريق ومع ذلك لا يدخل
الطريق في بيع الدار بدون الذكر او ذكر الحقوق **قلنا** شرى الدار قد يكون مقصودا
بدون الطريق لانه يحتمل ان يكون مراد المشتري اخذ الشفعة بسبب ملك الدار المشتراة
واما المغلاق فلا يكون مقصودا منفردا عن المفتاح فيدخل بدون الذكر كما اذا
استاجر دارا يدخل الطريق بدون الذكر **قوله** وفي رواية ابن سماعة عنه اي
عن محمد رح على المشتري لانه كان نفي الفضل لتشهيده رح **قوله** تحقيقا للمساواة
اي في تعين حق كل واحد منهما في المالية انهم لان الثمن انقص من العين ولو كان
المبيع غايبا عن حضرتهما فللمشتري ان يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع ليتمكن
من قبضه عقيب تسليم الثمن كذا في المعنى **قوله** خيار الشرط البيع نوعان لازم
وهو الاصل وغير لازم وهو الذي فيه الخيار وهذه الاضافة من باب اضافة
الحكم الى سببه كصلوة الظهر اذ لولا الشرط لما ثبت الخيار والموانع انواع مانع
يمنع انعقاد العلة كاضافة البيع الى الحر ومانع يمنع تمام العلة كبيع مال الغير
ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الروية ومانع يمنع لزوم
الحكم كخيار العيب بيانه ان خيار الشرط يمنع ثبوت الحكم لان الشرط دخل
على الحكم دون السبب لان الاثبات لا يقبل التعليق بالشرط فجعلنا الشرط
داخلا على الحكم دون السبب فيجعل السبب متعلق الحكم تقليلا للتعليق حتى لو
قال ان اشتريت هذا العبد فهو حر فاشتراه بشرط الخيار للبايع يحنث الحالف
لا الى الجواز حتى لو اشتراه بعد ذلك بيعا باتا لا يعتق عليه فلولا انعقاد السبب لما
انحل اليمين ولولا مانعية ثبوت الحكم لثبت العتق **قوله** حبان بن منقذ بالنون
المهملة والبا ابن سفط وابن ابي واحد سر لحنا شير وقد كان يغبن في البياعات لما موته اصابه

داسه والخلابة الخداع يقال خلبه يخلبه اذا اماله بلطف القول وعنينه في
البيع اي خدعه والغبن ضعف الراي يقال رجل غبين الراي ومعنى قوله لا خلابة
اي لا خداع في البيع اثبات الخيار لبس ... وخداع المشتري المقصود
المشتري ويحتمل ان لا خلابة من جهة البايع لي يعني ثبات الخيار لهذا حتى اتروى
وادفع الغبن عن نفسي ان كان في هذا البيع **قوله** فصار كالتاجيل في الثمن اي
جوز قليله او كثيره وان كان يخالف مقتضى العقد لاجل الحاجة **قوله** فيقتصر على المدة
المذكورة فيه وانتفت الزيادة وذكر في المبسوط وابو حنيفة رح استدل بالحديث
فان النبي صلى الله عليه وسلم قدر الخيار بثلثة ايام والتقدير الشرعي اما ان يكون لمنع
الزيادة والنقصان او لمنع احدهما وهذا التقدير ليس لمنع النقصان فان اشتراط
الخيار دون ثلثة ايام يجوز فعرفنا انه لمنع الزيادة اذ لو لم يمنع الزيادة لم يبق لهذا
التقدير فائدة وفي حديث ابن عمر رض انه اجاز الخيار وليس فيه بيان خيار
الشرط ولعل المراد به خيار الروية وخيار العيب ولانه اجاز الروية بعد الشهرين
قوله اسقط المفسد قبل تقرره فيعود جايزا كما لو باع جذعا في السقف ثم نزعه
وسلمه او باعه بالرقم واعلمه في المجلس الرقم في الاصل الكتابة والختم والتاجر يرقم
الثياب اي يعلمها بان ثمنها كذا والمراد من البيع بالرقم هو ان يعلم البايع على الثوب
بعلامة يعلم بها الدلال او غيره بان ثمن الثوب كذا درهما ولا يعلم المشتري ذلك
القدر فيقول صاحب الثوب والدلال بعتك هذا الثوب برقمه فيقول المشتري
قبلت من غير ان يعلم مقداره ينعقد البيع فاسدا ثم لو علم المشتري قدر ذلك
الرقم في المجلس وقبله ينقلب البيع جايزا بالاتفاق وهذا عند اهل العراق من اصحابنا
فان عندهم ينعقد العقد فاسدا ويرتفع الفساد بحذف الشرط والاوجه انه موقوف
واذا مضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد الآن وهو مذهب اهل خراسان و
اليه مال الامام السرخسي **قوله** وهذا على الوجه الاول وهو قوله ولانه اسقط
المفسد آه يعني ان القول بانعقاده فاسدا ثم ارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد
انما يستقيم على التعليل الاول واما على التعليل الثاني وهو قوله ولان الفساد
باعتبار اليوم الرابع آه فلا يستقيم القول بارتفاع الفساد بحذف الشرط المفسد
لانه لم ينعقد فاسدا او المفسد هو اتصال اليوم الرابع ولما اجاز في الايام الثلثة
علم ان العقد كان جايزا في الاصل **قوله** والاصل فيه ان هذا في معنى اشتراط
الخيار لان المقصود لانه يكون مترددا في الايام الثلثة بين الفسخ والامضاء وشرط
الخيار جعل لهذا المقصود وبهذا الشرط لا يحصل الا هذا المقصود غير انه جعل بزيادة

King Saud University
Copyright © King Saud University

العقد امارة الفسخ والنقد امارة الامضا كانه قال ان شئت اخترت النقد فانقد الثمن الى ثلاثة ايام
ان شئت افسخ فلا انقد مع الحاجة اذ لا يحتاج ثم الى الترويه فى المبيع هل يوافقه ام لا يحتاج
هنا الى التامل فى الثمن هل يصير منقودا ام لا **فان قيل** لو سكت ثم حتى مضت المدة
تم البيع هنا لو سكت حتى مضت المدة نفسخ البيع فلا يكون فى معناه **قلنا** الحاجة
ماسة الى انفساخ العقد حتى لم ينقد الثمن ليندفع ما بان عدم النقد فكان ملحقا به من حيث
الحاجة الى دفع الغبن **قوله** وابو يوسف اخذ فى الاصل اى فى شرط الخيار بالاثر وهو ما روى
ان ابن عمر رض اجاز الخيار الى شهرين وفى هذا اى فى الرابع على ثلاثة ايام فى خيار النقد بالقياس
لان القياس فى شرط الخيار ما قاله ابو حنيفة وانما تركناه باثر ابن عمر رض ولا اثر هنا فبقى
على اصل القياس **قوله** بيع شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها اى لتعلق الاقالة بالشرط وهو
عدم النقد واشتراط الصحيح فيها فيه مفسد بان قال هذا العين على ان يقتله لم يصح وهذه اقالة
صحيحة لانها غير معلقة وفى ذكر فى الفوائد الظهيرية ثم انه لم ينقد الثمن الى انقضاء ثلثة ايامها
يفسد البيع ولا ينفسخ حتى اعتقه المشترى وهو فى هذه ينفذ عتقه ولو كان فى يد البائع لا ينفذ
ثم لو كان مثل هذا الشرط للبائع بان اشترى عبدا ونقد الثمن على ان البائع ان رد الثمن
الى ثلاثة ايام فلا بيع بينهما جاز البيع بهذا الشرط ويصير البيع بمنزلة البيع بشرط الخيار للبائع
حتى اذا قبض المشترى المبيع يكون مضمونا عليه بالقيمة ولو اعتقه المشترى لا ينفذ ولو اعتقه
البائع ينفذ **قوله** وهلك فى يده فى مدة الخيار ضمنه بالقيمة فقال ابن ابى ليلى ره لا شئ عليه
امانة من حيث قبضه باذن صاحبه وانا نقول البائع ما رضى بقبضه الا بجهة العقد
المقبوض بجهة العقد يكون مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء وهذا لان الضمان
الاصلى الثابت بالعقد هو القيمة وانما يتحول عنها الى الثمن عند تمام الرضا ولم يوجد
حين شرط البائع الخيار لنفسه فبقى الضمان الاصلى وهذا بخلاف ما اذا كان الخيار
للمشترى على ما يجئ **قوله** وفيه القيمة اى فى المقبوض على سوم الشراء القيمة هذا اذا
لم يكن مثليا فان كان مثليا فعليه المثل ثم ان المقبوض على سوم الشراء انما يكون مضمونا
اذا كان الثمن مسمى حتى اذا قال اذهب بهذا الثوب فان رضيته اشتريته فذهب به
فهلك لا يضمن ولو قال ان رضيته اشتريته بعشرة فذهب فهلك ضمن بقيمته وعليه
الفتوى **قوله** اعتبارا بالصحيح المطلق اى بالبيع الصحيح المطلق عن الخيار اذا هلك
المبيع فى يد البائع ينفسخ البيع **فان قيل** ما فائدة تنبيه بالصحيح مع ان الحكم فى الفاسد
كذلك **قلنا** اجراء التصرفات المسلمين على ما هو الاليق بحالهم من التصرفات
الصحيحة دون الفاسدة **قوله** ولا عهد لنا به فى الشرع اى غير معهود فى الشرع
ان يكون الشئ مملوكا ولا مالك له **فان قيل** ينتقض بما لو وقف اذا اشترى عبدا لخدمة

الكعبة يخرج العبد عن ملك البائع ولا يدخل فى ملك المشترى **قلنا** غير معهود فى الشرع اى
باب التجارة وما ذكره من النقض يلحق بتوابع الاوقاف من المنقولات والحكم فى الاوقاف
كذلك ولانه مستثنى على ملك الواقف وهذا يكون التوابع **قوله** حكما للمعاوضة احترازا
عن الضمان فى غصب المدبر فان المدبر المغصوب اذا ابق من يد الغاصب يجب الضمان على
الغاصب فلا يخرج المدبر عن ملك المولى فقد اجتمع البدلان وهو المدبر بعد ابقه وهو
الضمان فى ملك المولى فلنا ذلك الضمان جناية لا ضمان معاوضة وكلامنا فى الذى يقبل
الانتقال بحكم المعاوضة حتى يصح البيع فيجب ان لا يجتمع البدلان فى ملك واحد بحكم المعاوضة
وفى فوائد الظهيرية ما قاله ابو حنيفة رح من كون الشئ مملوكا ولا مالك له مشروع فى الجملة
كما فى عبد اشترى لخدمة الكعبة وما قالا من اجتماع البدلين فى ملك رجل واحد غير
مشروع اصلا فكان التعويل على ما قاله ابو حنيفة رح وذكر الامام التمرتاشى ره ويجوز
ان يخرج الشئ عن ملك انسان ولا يدخل فى ملك غيره كالتركة المستغرقة بالدين تزول
عن ملك الميت ولا يدخل فى ملك الورثة لكن فى قوله تزول عن ملك الميت منع اذ
التركة مبقاة فى حكم ملك الميت فيما هو من حوائجه وقضاء الدين منها فلا يزول ملكه
قوله وكذا اذا دخله عيب اى يلزم العقد ويجب الثمن هذا اذا كان عيبا لا يرتفع كما
اذا قطعت يده واما اذا كان عيبا يجوز ارتفاعه كالمرض فهو على خياره اذا زال
المرض فى الايام الثلاثة واما اذا مضت الثلاثة والعيب قائم لزمه العقد لتعذر الرد
كذا فى الايضاح **قوله** ووجه الفرق انه اذا دخله عيب اى اذا كان المبيع فى يد المشترى
والخيار للمشترى فدخله عيب يمتنع الرد ويبطل الخيار لما ذكرنا انه تعذر عليه الرد كما قبض
سليما بريا من العيب وكذلك فى الهلاك لانه لما اشرف على الهلاك سقط خياره
لعجزه عن رده كما قبضه فيتم البيع وهو قائم فيلزم الثمن المسمى وكذا ان تعيب بفعله
او بفعل اجنبى او بآفة سماوية او بفعل المبيع لانه عجز عن رده كما قبضه باى وجه تعيب
عنده سقط خياره بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه وان اشرف على الهلاك
فخيار البائع لم يسقط لانه لم يعجز عن التصرف بحكم الخيار لانه لو رضى به تمكن من
الاسترداد فاذا هلك هلك على ملكه فينفسخ العقد ضرورة اذ لو لزم البيع فيه لزم بعد
معنى وذا لا يجوز لعدم المحل وكان مضمونا بالقيمة كالمقبوض على سوم الشراء **قوله**
ومن اشترى امراته فله بشراء امراته لان المشتراة اذا لم تكن امراته لا تفصيل فيه بين
كونها بكرا او ثيبا فى ان الوطى يكون مختارا للبيع والوطى بالاجماع سواء نقصها الوطى
او لم ينقصها **قوله** وان وطيها له ان يردها لان وطيها وهى ثيب فلم ينقصها الوطى
اما اذا نقصها فليس له الرد وان كان ثيبا **قوله** بخلاف ما اذا قال ان اشتريت حيث يعتق

King Saud University
Copyright © King Saud University

عندهم جميعا للشركا المستثنى للعتق لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط **فان قيل**
لو كان كالمستثنى المعتق لوقع عتق المحلوف بعتقه بالشراء عن الكفارة اذا اشتراه ناويا
عن الكفارة **قلنا** انما جعلناه كالمستثنى تصحيحا للجزاء اعنى قوله فهو حر وليس من ضرورة
جعله كالمستثنى في حق الجزاء كالمستثنى في حق صحة نية الكفارة لان الثابت بالضرورة يتقدر
بقدرها **قوله** ان حيض المشتراة في المدة لا يجزيه من الاستبراء عنده ذكر في شرح
الطحاوي فحاضت عنده بعد القبض في مدة الخيار او حصل بعض الحيض في مدة الخيار
فاختار صارت للمشتري ولا يجزاه تلك الحيضة من الاستبراء عند ابي حنيفة رح وعندهما
يجزاها **قوله** لا يجب عليه الاستبراء عنده سواء كان الرد قبل القبض او بعده وعندهما
ان كان الرد بعد القبض يجب على البايع الاستبراء قياسا واستحسانا واما قبل القبض
يجب الاستبراء قياسا ولا يجب استحسانا لان الملك وان ثبت لكنه لم يتقرر واجمعوا ان
العقد لو كان باتا ثم فسخ العقد بينهما باقالة او بغيرها ان كان قبل القبض القياس ان
يجب على البايع الاستبراء وفي الاستحسان لا يجب وان كان بعد القبض فالاستبراء
واجب قياسا واستحسانا **قوله** ومنها اذا ولدت المشتراة في المدة بالنكاح لا تصير
ام ولد له ثم يليه اذا ولدت في مدة الخيار وهي في يد البايع ولم يقبضها المشتري اما
اذا كانت مقبوضة في يد المشتري وولدت عنده في مدة الخيار يسقط الخيار ويثبت
الملك للمشتري وتصير ام ولد له بالاتفاق لانها تعيبت بالولادة ويدل عليه ما ذكر في المبسوط
وان اشترى جارية على انه بالخيار ثلثة ايام فولدت عنده سقط خياره لانها تعيبت
بالولادة وذكر الامام قاضيخان ومنها اذا اشترى جارية فولدت منه بنكاح على انه
بالخيار ثلثة ايام عند ابي حنيفة رح لا تصير ام ولد له ولا يبطل خياره وعندهما تصير ام
ولد له ويبطل خياره **قوله** فهلك في يده او في يد البايع في المدة او بعدها هلك
على البايع ويبطل البيع **قوله** فابراه البايع عن الثمن **فان قيل** اذا كان الخيار
للمشتري لا يخرج الثمن عن ملكه بالاجماع فلا يملكه البايع حينئذ فكيف يصح البراءة
قلنا في القياس لا يبرا وفي الاستحسان يبرا وذكر في شرح الطحاوي ثم ان كان البايع
ابراه عن الثمن فالقياس ان لا يصح ابراؤه لانه لا يملك الثمن وفي الاستحسان يصح ابراؤه
لانه حصل بعد وجود سبب الملك وهو العقد **قوله** والمدافعة لم يلته اي له ولاية
الامتناع عن التملك **قوله** منها اذا اشترى ذمي من ذمي خمرا على انه بالخيار ثم اسلم و
ان كان العقد بشرط الخيار للبايع فاسلم البايع بطل البيع لما ذكرنا ان المبيع لم يخرج
عن ملكه والاسلام منع اخراجه عن ملكه بالعقد ولو اسلم المشتري فلا يبطل العقد
وخيار للبايع على حاله لان العقد من جانب المشتري بات فان اختار البايع الفسخ

عادت

حكما
عادت الخمر اليه وان اختار الاجازة صارت الخمر للمشتري حكما والمسلم من اهل ان يتملك الخمر
كما يتملك بالميراث **قوله** وانما كني بالحضرة عن العلم بطريق ذكر السبب وارادة المسبب فالحضرة
سبب العلم **قوله** وصار كالوكيل بالبيع فان للوكيل ان يتصرف فيما وكل به وان كان الموكل
غايبا لما انه مسلط من جهة الموكل وكذلك من له الخيار مسلط من جهة صاحبه **قوله** ولا يعرى
عن ضرر **فان قيل** لو لم ينفرد بالفسخ يلزم الضرر ايضا وهو ان يختفي الذي ليس من جانبه
الخيار يختص حتى يمضي عليه مدة الخيار فيلزمه العقد شاء او ابى فيتضرر من له الخيار اذ الحق
بلزوم البيع **قلنا** انما لزم هذا الضرر من جانبه بتقصيره في اخذ الكفيل من صاحبه وكان
ضررا مرضيا لجهله ولا يفنى فيه وفي فتاوى قاضيخان رجل اشترى شيئا على انه بالخيار ثلثة ايام
فجاء المشتري في الثلاثة الى باب البايع ليرد المبيع فاختفى البايع منه وطلب المشتري من القاضي
ان ينصب خصما عن البايع ليرد عليه اختلفوا فيه قال بعضهم ينصب خصما نظرا للمشتري
وقال محمد بن سلمة لا يجيبه القاضي الى ذلك ولا ينصب خصما لان المشتري لما اشترى و
لم ياخذ منه كفيلا مع احتمال تغيبه فقد ترك النظر لنفسه فلا ينظر له وان لم ينصب القاضي
خصما وطلب المشتري من القاضي الاعذار عن محمد رح فيه روايتان في رواية يجيبه القاضي
الى ذلك ويبعث مناديا ينادي على باب البايع ان القاضي يقول ان خصمك فلانا يريد ان
يرد البيع عليك فان حضرت والا نقضت البيع فلا ينقض القاضي البيع من غير اعذار
وفي رواية لا يجيبه القاضي الى الاعذار ايضا فقيل لمحمد رح كيف يصنع المشتري قال ينبغي
للمشتري ان يستوثق وياخذ منه وكيلا نقيه الا اذا خاف الغيبة حتى اذا غاب البايع يرد
على الوكيل **قوله** بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه لانه لا يلزم الاخر باجازته شيئا لان
العقد لازم من جانب المشروط عليه الخيار **قوله** وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من
جهة صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ ولا تسليط فيما لا يملك المسلط ولكن انما يتمكن من
الفسخ لان العقد غير لازم في حقه ولفوت صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بلا رضاء
صاحبه ولكن لا يتمكن بلا علمه كما في الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف
الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل لانه موكل على التصرف من جهة الموكل فتسليطه اياه
على التصرف فوق علمه به ولا يلزم ما اذا كان الخيار للبايع فاعتق المشتري او دبر او
كاتب او رهن او وطي او قبل بشهوة او وهب او اجر فانه ينقض البيع وان لم يعلم
المشتري لان ثبوت الفسخ هنا ضمنيا لا بقصد التصرف فلا يتوقف على العلم كالموكل
اذا اعتق العبد الذي وكل ببيعه ينعزل الوكيل وان لم يعلم به بخلاف ما لو عزله قصدا
فان قيل يشكل على قولهما انه تصرف في حق الغير وهو العقد بالرفع مسايل منها خيار
المخيرة فانها تختار نفسها بغير علم الزوج فينتقض ذلك عليه وان لم تعلم ففيه الزام حكم

بغير علمه

الاختيار على الزوج من غير علمه ومنها الرجعة فان الزوج منفرد بالرجعة ويلزمها حكم الرجعة
على المرأة من غير علمها ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ومنها خيار الامة
المعتقة حيث يصح اختيارها الفرقة بدون علم الزوج ومنها خيار المالك وهو فيما
اذا باع مال غيره فان للمالك فيه خيارا فينفذ او يرد ابتداء بلا علم المتعاقدين ومنها
العدة فانها تلزم الانسان من جانب الغير بغير علمه **قلنا** اما الجواب عن الاول
فان الزوج انما يلزمه حكم الطلاق بالجبر وذلك يتوقف رضاه وعلمه فكان بمنزلة
ما يلزم الموكل بتصرف الوكيل واما عن الرجعة فان الزوج بالرجعة لا يلزمها
حكما جديدا لان الطلاق الذي يثبت به الرجعة لا يرفع النكاح وكان النكاح
ثابتا بعد قبل الرجعة وانما يثبت البينونة عند انقضاء العدة بشرط عدم الرجعة
من الزوج في مدة العدة واما عن الطلاق ونحوه فانه من الاسقاطات فلم يلزم من
اسقط عليه شيء واما خيار الامة المعتقة فانها مسكنة للرواية فيها ثم الجواب عنها
ان سلم ان الخيار يثبت لها بحكم الشرع ابتداء كما ثبت بتخيير الزوج لان للشرع
ولاية علينا واما رد المالك بيع الفضولي فان العقد لا يوجد في حق المالك الا
باجازة لانه ليس للعاقدين على المالك ولاية فاذا رد فقد انعدم شرط الثبوت
في حقه فانعدم اصلا واما العدة فانها لا تجب بالطلاق الا ترى انه لا يجب بطلاق
قبل الطلاق فقطع الملك الا انه لم يقدر على قطع الملك بحقه ينفي الحق الحاصل الدخول بل
فكان لزوم العدة على المرأة في ضمن اقتدار الله تعالى الزوج على قطع ملكه بالطلاق
تبعا للحول فكان الاعتبار للمتضمن لا للمتضمن **قوله** واذا مات من له الخيار بطل
خياره هذا اللفظ لعمومه يتناول البائع والمشتري وغيرهما فاذا مات من عليه
الخيار فالخيار باق بالاجماع ثم لما بطل الخيار عندنا يلزم البيع وقال مالك ينفسخ
العقد كخيار العيب والتعيين اي خيار تعيين المبيع بان يشتري احد الثوبين على
انه بالخيار ياخذ ايهما شاء وخيار الرؤية على اصلكم كذا في الاسرار **قوله** ولنا ان
الخيار ليس الا مشيئة اي فيه ده فان معنى قولنا فلان بالخيار في كذا اي المشيئة اليه
انشاء فعل وان شاء لم يفعل والمشيئة صفة لا تزايله ولا يحتمل الانتقال عنه الى غيره
كسائر صفاته من القدرة والشهوة والارث فيما يحتمل الانتقال فاما ما لا يحتمل
الانتقال فلا يورث كملكه في منكوحته وام ولده والعقد لا ينتقل الى الوارث لانه
انما يورث ما كان قائما والعقد قول قد مضى فلا شيء فلا يتصور انتقاله الى الوارث
وانما يثبت للوارث الاقالة لقيامه مقام المورث في ملكه لا في العقد فان الملك
يثبت ولاية الاقالة الا ترى ان اقالة الموكل مع البائع صحيحة والعاقد هو

الوكيل

الوكيل دون الموكل **فان قيل** ما ذكرتم من عدم احتمال الصفة التوريث منقوض بخيار
الاعيان فان المالكية في الاعيان صفة لمالك الاعيان ثم هي تنتقل من المورث الى
الوارث في حق الاعيان **قلنا** لا كذلك بل العين تنتقل اولا الى الوارث وفي
ضمن انتقال العين يثبت الملك للوارث ابتداء لان مالكية المورث تنتقل اليه
فان قيل فما يمنعكم من ان تجعلوا خيار الشرط كذلك بان ينتقل المبيع من المورث
الى الوارث وفي ضمن انتقاله ينتقل الخيار معه الى الوارث **قلنا** ليس من لوازم
البيع الخيار بل الاصل عدم الخيار فكم من بيع لا خيار فيه فلا يلزم من انتقال المبيع الى
الوارث انتقال الخيار واما المملوك فلا يتصور بدون المالك **فان قيل** قد ينتقل
الحقوق من المورث الى الوارث بدون ان ينتقل محل الحق اليه وهو العين كما اذا مات
ولي القصاص ينتقل حق القصاص الى ورثته **قلنا** لا ينتقل بل يثبت ابتداء لهم لتشفي الصدر
ولا يمكن ان يجعل الخيار كالقصاص لان الخيار يثبت بالعقد والشرط والوارث ليس
بعاقد ولا شارط فلا يثبت في حقه واما تشفي الصدر فامر يشتمل الكل الا ان المورث
لتقدمه على الوارث كان الاستيفاء له فاذا مات فقد ذهب التقدم فيخلفه من كان
اقرب اليه **قوله** للاختلاط ملكه بملك الغير **فان قيل** الاختلاط مشترك فلم يكن
هذا اولى بالتعيين من البائع **قلنا** لان مورثه ملك احد العبدين على وجه يكون
له ولاية التمييز والتعيين بالشرط فيملكه الوارث كذلك بخلاف البائع اذ ملك في
احدهما لا يكون بهذه الصفة **قوله** لان الخيار من مواجب العقد واحكامه اي لو شرط
في العقد يصير حقا من حقوق العقد وواجبا من مواجبه **قوله** تقدم الخيار له
اقتضاء كقوله اعتق عبدك عني على الف درهم فاعتق فان الآمر يصير مشتريا منه اولا ثم موكلا
اياه بالعتق عندنا تصحيحا للامر وعند زفر لا يقول بالاقتضاء فهذه فروع تلك المسئلة
فان قيل شرط الثمن على الاجنبي وجب ان يصح بطريق الكفالة بان يجب الثمن على
العاقد اولا ثم على الاجنبي بطريق الكفالة **قلنا** هذا لا يصح لان الثمن لا يجب
على الكفيل في الصحيح بل هو في ذمة الاصل والكفالة التزام المطالبة والمذكور ههنا الثمن
على الاجنبي فثبوت المقتضى لتصحيح المقتضي والكفالة صحت بطريق الاقتضاء كان
مبطلا للمقتضي فيعاد على موضعه بالنقض **فان قيل** من شرط صحة المقتضي ان يكون
هو ادنى رتبة وادون منزلة من المقتضي الذي هو المذكور وعن هذا قلنا لم يثبت
الحرية العبد الحاصلة في ضمن قول المولى له كفر يمينك بالمال ولم يكن صحة التكفير
مقتضى للحرية سابقا على التكفير بالمال اذ التكفير هو بدل عن الحرية لما ان الحرية
اصل واقوى منزلة من تصرف التكفير فلم يثبت الحرية لذلك بطريق الاقتضاء

قلنا نعم كذلك الا ان الاصالة قد تثبت لغير العاقد هنا بوجه آخر فلذلك جاز ان يثبت خيار
العاقد اقتضاء وذلك لان شرط الخيار من قبيل الالفاظ حيث لا يثبت بدون اللفظ وغير
العاقد اصل في حق اللفظ لانه اثبت الخيار باللفظ قصدا اما الحرية فليست من خواص
اللفظ اذ الحرية تثبت في شراء القريب وارثه بدون اللفظ فكانت الحرية خالية عن
جهة النيابة فلا يثبت في ضمن ما هو تبع له وهو الشكر واما هنا فالعاقد تبع لغير
العاقد في اشتراط الخيار في حق اللفظ فيثبت بطريق الاقتضاء قوله بغير تصرف
العاقد في رواية بيوع الاصل بتصرف المالك ولي نقضا كان او اجازة وتصرف الفسخ
في دواية المادفين قوله والمفسوخ لا يلحقه الاجازة فان قيل المفسوخ يلحقه
الاجازة الا ترى ان الخيار اذا كان للبايع او للمشتري فتقايلا او تناقضا البيع ثم هلك
عند المشتري قبل ان يقبضه البايع بحكم الاقالة فعلى المشتري الثمن اذا كان الخيار له او
القيمة ان كان الخيار للبايع لان تمام الفسخ بالتسليم الى البايع ثم قال شمس الائمة الحلواني
رح في المبسوط وهذا لان الفسخ بحكم الخيار يحتمل الفسخ في نفسه حتى لو تفاسخا ثم تراضيا
على فسخ الفسخ وعلى اعادة العقد بينهما جاز وفسخ الفسخ ليس هو الا اجازة البيع في
المفسوخ قلنا هذا لا يلزم لانا قلنا الاجازة لا ترد على المنتقض والاجازة فيما ذكرتم
كذا في الفوايد الظهيرية وذكر الامام قاضيخان والصحيح ما ذكر في المادفين لان النقض اقوى
من الاجازة فان النقض يرد على الاجازة والاجازة لا ترد على النقض والادنى لا يعارض
الاقوى كنكاح الحرة مع الامة اذا اجتمعا يصح نكاح الحرة لان نكاح الحرة يرد على
نكاح الامة ونكاح الامة لا يرد على نكاح الحرة فان قيل الاجازة توجب الحرية
على البايع فكان اولى قلنا الاجازة تاثيرها في اثبات الحل والفسخ تاثيره في ابقاء
الحل فكان الابقاء اولى فكان الابقاء مع الشك اخف من الاثبات مع الشك لان
الشي يبقى مع الشك ولا يثبت مع الشك فكان اعتبار الفسخ اولى قوله والتوقف
بعيرها يجعل العبدين بينهما نصفان ويخير كل واحد منهما ان شاء اخذ النصف بنصف الثمن وان
شاء نقض البيع لتفرق الصفقة ولما لم يترجح تصرف المالك على تصرف الوكيل والفسخ
راجح على الاجازة علم ان الفسخ اولى عنده من الاجازة قوله وقبول العقد في الذي
فيه الخيار شرط وهو ان يقال ينبغي ان يفسد العقد في هذه الصورة ايضا
لوجود المفسد وهو قبول العقد في الذي لم يدخل في العقد لان العبد الذي فيه
الخيار غير داخل في العقد حكما وقبول كل واحد منهما شرط لصحة الآخر فكان بمنزلة
من جمع بين حر وعبد وباعهما فانه لا يجوز او باع عبدين على انهما قنان فاذا احدهما
مدبر فقال ليس هذا كذلك فان الحر او المدبر غير داخل في العقد لا انعقادا ولا

حكما لانه ليس بمحل البيع اصلا فلذلك كان قبول العقد فيه شرطا مفسدا للعقد في القن واما هنا
الذي فيه الخيار محل البيع فكان داخلا تحت البيع في حق الانعقاد وان لم يكن داخلا في الحكم فكان
نظير من جمع بين قن ومدبر وباعهما بالف صح البيع في القن بحصته من الثمن وان تعلقت
صحة البيع فيه بقبول البيع في المدبر لان المدبر داخل تحت البيع ولهذا لو قضى القاضي بجواز
نفذ فكان قبوله شرطا صحيحا كذا هنا قوله والثالث ان يفصل ولا يعين اي يفصل
الثمن ولا يعين الذي فيه الخيار بان قال بعت منك هذين العبدين بالف درهم
[illegible] كل واحد منهما بخمسماية على اني بالخيار في احدهما ثلاثة ايام ف
هذا فاسد لجهالة البيع لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وهو
مجهول فصار البيع مجهولا والرابع ان يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل ثمن كل واحد
منهما فقال بعت منك هذين العبدين بالف على اني بالخيار في هذا بعينه ثلاثة ايام
وهو فاسد لجهالة الثمن لان من فيه الخيار غير داخل في الحكم فبقي الآخر وحده وثمنه مجهول
لانه يثبت بطريق الحصة بالتقسيم فصار كالذي لم يدخل تحت العقد اصلا فان قيل الم
انه لو اشترى عبدين بالف فاذا احدهما مدبر او مكاتب فان العقد ينعقد صحيحا في القن
وان كان الانعقاد في حق القن بالحصة قلنا قال بعض مشايخنا رحمهم الله على قياس ما ذكر
هنا لا يصح العقد في القن في تلك المسئلة وصار ما ذكر هنا رواية في تلك المسئلة وبعضهم
فرقوا ووجهه ان الخيار يمنع انعقاد العقد في حق الحكم ويجعل العقد كالمعدوم في حق الحكم
فيما شرط فيه الخيار ولو انعقد العقد في حق الآخر ينعقد بالحصة ابتداء وذا لا يجوز وفي
المدبر والمكاتب البيع ينعقد في حق الحكم اذ لم يوجد في حقهما ما يمنع انعقاد العقد ولهذا
لو قضى القاضي بجواز بيعهما يجوز ولكن لم يثبت الحكم صيانة لحقهما والصيانة تحصل بمجرد
منع الحكم ولا ضرورة الى جعل العقد غير منعقد في حق الحكم واذا انعقد العقد
في حق الحكم كان انعقاد العقد في حق القن كان انقسام الثمن في حالة البقاء عند فسخ العقد
عليهما وذا لا يمنع الجواز كما لو باع عبدين وهلك احدهما قبل التسليم فان العقد يبقى
في الباقي بحصته من الثمن قوله والقياس ان يفسد البيع في الكل لجهالة المبيع كما لو
قال بعت منك هذين الثوبين ولم يذكر الخيار وكما لو كانت الثياب اربعة وذكر
الخيار او لم يذكر فان المبيع احد الثياب وهي متفاوتة في نفسها وجهالة المبيع فيما تفاوت
تمنع صحة العقد الا ترى انه لو لم يسم ثمن كل ثوب كان العقد فاسدا لجهالة المبيع
كذلك اذا شرط الخيار لنفسه كان العقد فاسدا لجهالة المبيع فكذلك اذا شرط الخيار
لان شرط الخيار يرد في بعض المعقود عليه ولا يبطل وجه الاستحسان ان هذه الجهالة
لا تفضي الى المنازعة لانه شرط الخيار لنفسه وبحكم الخيار يستبد بالتعيين والجهالة

King Saud University
Copyright © King Saud University

لا يفضي الى المنازعة فلا تمنع صحة العقد كما لو اشترى قفيزا من الصبرة بخلاف ما اذا لم يشترط الخيار لنفسه
فالجهالة هناك تفضي الى المنازعة وبخلاف ما اذا لم يسم ثمن كل ثوب لان هناك ثمن ما تناوله
العقد مجهول وانما فسد العقد لجهالة الثمن **قوله** والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة
لان الانسان قد يشتري شيئا بعيال الروح ولا يعجبه استصحاب العيال مع نفسه الى السوق والبائع لا
يسمح قد يشترى بالدفع اليه الا بان يبتاعه والذى يعجبه عيال من هذا النوع لا يدرى ما هو
فيمس الحاجة الى البيع على هذا الوجه **قوله** فكان اى هذا النوع من البيع فيما فى معنى ما
ورد به الشرع وهو شرط الخيار ثلثة ايام **قوله** والرخصة ثبوتها للحاجة وكون الجهالة
اى والرخصة انما ثبت شرعا بوصفين وهما الحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى
المنازعة فلا يثبت باحدهما ثم قيل يشترط ان يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار
التعيين قال شمس الائمة السرخسى رح فى الجامع الصغير وهو الصحيح وقيل لا يشترط قال
فخر الاسلام فى الجامع الصغير والصحيح عندنا انه ليس بشرط وذكر فى الفوائد الظهيرية
فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد فى احدهما حتى لا يردها
وعلى قول الكرخى له ان يردها لان عنده هذا الخيار بمنزلة خيار الشرط وقال اكثر
المشايخ لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه وقتا معلوما ثلثة ايام فما دونها فى قول
ابى حنيفة رح وزيادة على ذلك فى قول ابى يوسف رح ومحمد رح لان القياس يابى جواز هذا
العقد لجهالة المبيع وجهالة ... لزوم العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق
بموضع السنة وهو شرط الخيار فلا يصح بدونه فان شرط ذلك يثبت له خيار الشرط
مع خيار التعيين فان ردهما بخيار الشرط فى الايام الثلثة او رد احدهما بخيار التعيين
كان له ذلك واذا مضت الايام الثلثة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما ويبقى له خيار
التعيين فيرد احدهما ولو مات المشترى فى الايام الثلثة بطل خيار الشرط ويبقى
خيار التعيين فلوارثه ان يرد احدهما وذكر فى الذخيرة هذا اذا حصل
البيع بشرط خيار التعيين للمشترى فان حصل البيع بشرط خيار التعيين للبائع
بان قال البائع بعتك احد هذين الثوبين على انى بالخيار اعين البيع فى ايهما
دون الاخر لم يذكر محمد رح هذه المسئلة لا فى بيوع الاصل ولا فى الجامع الصغير و
ذكر الكرخى رح فى مختصره انه يجوز استحسانا قالوا واليه اشار فى المأذون لان هذا
بيع يجوز مع خيار المشترى فيجوز مع خيار البائع قياسا على خيار الشرط وذكر فى
المجرد انه لا يجوز لان هذا البيع مع خيار المشترى انما جوز بخلاف القياس باعتبار الحاجة
الى اختيار ما هو الارفق بحضرة من يقع الشراء له وهذا المعنى لا يتأتى فى جانب البائع
لانه لا حاجة الى اختيار الارفق لان المبيع كان معه قبل البيع فيرد جانب البائع الى ما

يقتضيه

يقتضيه القياس **قوله** وبعد معلومة ايها كانت عينها اى فلابد على الثلاثة **فان شرط** على
ان لا يجوز خيار التعيين فى الزائد على الثلاثة عند ابى يوسف رح لانه اخذ بالقياس فى قوله
ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام فلا بيع بينهما **قلنا** قوله ان لم ينقد الثمن الى اربعة ايام تعليق
فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر الوارد فى خيار الشرط واردا فيه واما خيار التعيين
خيار الشرط لان فى كل واحد منهما خيارا بغير حرف التعليق فكان الاثر الوارد فى خيار الشرط
واردا فى خيار التعيين **قوله** ولو هلك احدهما او تعيب لزم البيع فيه بثمنه ويتعين الاخر
للامانة لامتناع الرد بالتعيب **فان قيل** اذا طلق احدى امرأتيه ثم ماتت احديهما تعين
الباقية للطلاق دون الهالكة وههنا يتعين الهالك للبيع **قلنا** قال على القمى رح لا فرق
بين المسئلتين فى الحاصل لان فى الفصلين ما يهلك يهلك على ملكه اما العبد فلانه يهلك
على ملكه حيث يتعين الباقى للرد وفى الطلاق كذلك يهلك الهالكة على ملكه حتى يتعين
الباقية للطلاق فكان الطلاق هناك بمنزلة الرد هنا الا ان الصحيح ان بينهما فرقا وهو
ان العبد لما اشرف على الهلاك خرج من ان يكون محلا للرد لانه عجز عن رده كما
اشترى فتعين العقد فيه وتعين الباقى للرد ضرورة واما فى الطلاق فان المرأة حين
اشرفت على الهلاك يبقى محلا لوقوع الطلاق عليها لانه لو وقع الطلاق عليها انما
يقع بعد الموت فتعينت الباقية للطلاق وهذا بخلاف ما اذا اشترى كل واحد منهما بعشرة
على انه بالخيار ثلاثة ايام فهلك احدهما عنده فانه لا يرد الباقى لان العقد تناولهما جميعا
الا ترى انه يملك اتمام العقد فيهما فبعد ما تعذر عليه رد احدهما لا يتمكن من رد الاخر لما
فيه من تفريق الصفقة على البائع قبل التمام وههنا العقد تناول احدهما الا ترى انه لا يملك
اتمام العقد فيهما فبعد ما هلك احدهما او تعيب كان له رد الباقى **قوله** ولو هلكا جميعا
معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما وانما قيد بقوله معا لما
ذكرنا انهما لو هلكا على التعاقب يتعين الاول للبيع فيجب تمام ثمنه ويتعين الثانى للامانة فلا
يجب من ثمنه شئ واما لو هلكا معا فعليه نصف ثمن كل واحد منهما متفقا كان الثمن او
مختلفا لان كل واحد منهما ليس باولى من الاخر لكونه مبيعا وكذلك لو هلكا على التعاقب
ولا يدرى السابق لزمه نصف ثمن كل واحد منهما وان بقيا معا يردهما ان شاء **قوله** فتبين
ان الجواز كان ثابتا **فان قيل** لو كان هذا بطريق الاستناد ينبغى ان لا يحنث بالشفعة للمشترى
ولكان الخيار للبائع **قلنا** المشترى بشرط الخيار له ولانه انما ثبت الملك باجازة البيع
فلا يتوقف على فعل غيره ولكن انما اذا كان الخيار للبائع واعتقه بالاتفاق فانه ينفذ عتاقه
من المشترى اذا كان الخيار له واذا كان للبائع لا ينفذ اعتاق المشترى وان اجاز البيع
وذكر الامام السرخسى رح اما وجوب الشفعة للمشترى فواضح على مذهبهما لانه مالك للدار

Copyright © King Saud University

المسعر واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه صار احق بالتصرف فيهما وذلك يكفيه لاستحقاق الشفعة بها
كالماذون المستغرق بالدين والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما فانه يستحقان الشفعة فيه وان لم
يملكا دارهما بهذا الخلاف فيما اذا كان الخيار للبايع فالمشتري هنالك لم يصر احق بالتصرف
فيها وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله اشترى دارا لم يرها ثم بيعت بجنبها وطلب شفعتها لم يبطل
خياره هو المختار من الرواية بخلاف خيار الشرط لان دليل الرضا يعتبر بصريح الرضاء
ولو قال رضيت يبطل به خيار الشرط ولا يبطل به خيار الرؤية كذا هنا وكذا لا يبطل خيار العيب
باخذ الشفعة **قوله** وعلى هذا الخلاف خيار العيب يعني اشترى الرجلان عبدا ورضي
احدهما بعيبه وكذلك خيار الرؤية بان اشتريا شيئا لم يرياه ثم رأياه فاراد احدهما ان
يرد فليس له ذلك عنده وعندهما له ذلك **قوله** ولو رده احدهما رده معيبا بها لان الشركة
في الاعيان المجتمعة عيب في ذلك لان البايع يتضرر بالرد لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق
المهاياة وكان قبل البيع متمكنا من الانتفاع متى شاء **فان قيل** البايع رضي بالتبعيض لما
باعه منهما **قلنا** انما رضي به في ملكهما لا في ملك نفسه ولا يقال بان هذا العيب حدث في يد
البايع لان تفرق الملك يثبت بالعقد قبل القبض لانا نقول نعم وان حدث في ملك البايع
لكن انما حدث بفعل المشتري والمشتري اذا عيب المعقود عليه في يد البايع لم يكن له
ان يرده بحكم خياره الا ان هذا العيب يعرض الزوال بان يساعده الاخر على الرد فاذا
انعدم ذلك ظهر عمله في المنع من الرد ولا معنى لما قالاه ان في امتناع الرد ضررا على
الراد لان هذا ضرر لحقه بعجزه عن ايجاد شرط الرد لا بتصرف من الغير **قوله** ومن
باع عبدا على انه خباز او كاتب **فان قيل** هذا الشرط مفسد للبيع كما لو باع شاة على
انها حامل او باعها على انها تحلب كذا فان البيع فيه وفي امثاله فاسد مع انه وصف
مرغوب **قلنا** الفرق بينهما ظاهر لان الحمل في البهايم زيادة مجهولة لا يدرى ان انتفاخ
بطنها من ريح او ولد وان الولد جزء منها فيصير المجهول اذا ضم الى المعلوم يصير الكل مجهولا
وكذلك ان شرط انها تحلب كذا فالبيع فاسد لانه لا يدرى لعل الشرط يبطل يعني ان
اشتراط مقدار من اللبن الذي ليس في وسع البايع تحصيله ولا طريق له الى معرفته
كان شرطا مفسدا للعقد حتى لو اشترط انها حلوب او لبون ذكر الطحاوي رحمه الله ان هذا
شرط لا يفسد به العقد لان هذا شرط وصف مرغوب فيه وكذلك لو قوله على انه
خباز او كاتب من قبيل بيان الوصف لا من قبيل بيان الشرط لان هذا وصف مرغوب
فيه ولمعرفته سبيل على البايع كما اذا اشترى عبدا على انه صباح او كلبا على انه صايد
فانه يجوز كذا هنا وحاصله ان هذا الوصف لما كان وصفا مرغوبا فيه ولمعرفته
سبيل بان يامره بالخبز والكتابة كان هذا الوصف من بيان وصف المبيع بانه على

هذه

هذه الوصف المرغوب لا على وجه الشرط وكان ان ذكر ذلك الوصف على هذا التقدير لو كان
شرطا بما يقتضيه العقد لان العقد يقتضي ان يكون المبيع والثمن معلوما بما لا يرتفع به الاضافات
وذكر الشرط اذا كان مما يقتضيه العقد لا يفسد العقد على ما ياتي في فصل الشروط
التي يفسد بها العقد والتي لا يفسد في باب البيع الفاسد ان شاء الله تعالى ثم المستحق
في العقد بهذا الشرط ادنى ما ينطلق عليه اسم الخباز والكاتب فان وجد لا يعرف
من ذلك مقدار ما يسمى الفاعل به كاتبا او خبازا كان للمشتري الرد فان امتنع الرد بسبب
من الاسباب يرجع المشتري على البايع بحصته من الثمن لانه فات عليه شرط مرغوب
في تقويم العبد كاتبا او خبازا ادنى ما ينطلق عليه الاسم اذ هو المستحق بالشرط و
يقوم شرط غير كاتب وخباز ينظر الى تفاوت ما بين ذلك ثم يرجع بقدره وروي الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله انه ليس للمشتري ان يرجع على البايع هنا بشيء لان ثبوت الخيار
للمشتري انما كان بالشرط لا بالعقد وتعذر الرد في خيار الشرط للمشتري لا يوجب
الرجوع للمشتري على البايع بشيء ولكن ما ذكر في ظاهر الرواية اصح ولهذا اشترى جارية من
غير شرط ثم ولاختر وهي تحسن ذلك ثم نسيت في يد البايع ردها لان الجارية بالعقد
صارت مستحقة على الصفة الموجودة فصار كالاستحقاق بحكم الموجود كالاستحقاق بحكم
الشرط **قوله** بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات مثل الفرس والغنم والبقر بخلاف
الانوثة والذكورة في بني آدم فانهما يوجبان فيهم اختلاف الجنس لفحش التفاوت والله اعلم

باب خيار الرؤية ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز اذا اشترى الرجل شيئا
في زق او برا في جوالق او درة في حقة او ثوبا في كم اتفاقا على انه موجود في ملكه ولم يبصر
المشتري شيئا من ذلك صح البيع عندنا وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان شاء رده و
قال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد لانه اشترى شيئا مجهولا فصار كما اذا باع عبدا من عبيده
وهذا لان المقصود من شراء العين ماليته ولهذا لا يستدل على ماليتها الا في المالية في الاوصاف
ولهذا يزداد وينقص بها وهي مجهولة لانها تعرف بالرؤية فصارت كجهالة العين وهي
مفسدة فكذا جهالة الوصف ولنا ظاهر العمومات المجوزة فلا يراد قبل الرؤية عليها
لانها لا تفسخ وفي المشاهير انه عليه السلام قال من اشترى شيئا لم يره فهو بالخيار اذا رآه
حق الشراء ومن عليه حكما وهو الخيار ولان المبيع معلوم العين مقدور التسليم
فيصح بيعه كالمرئي وهذا لان الخلاف في اعيان قائمة بين ايديهما مشتركة ولا شك انها
معلوم بالاشارة اليها لانها ابلغ اسباب التعريف وكذا اذا اشار الى مكانها وليس في
ذلك المكان مسمى بذلك الاسم غيرها فاما كونها ذات قيمة مملوكة فانما تعرف باخبار
البايع اياه لانها والان رفعت النقاب لا يعلم ذلك الا بقول البايع وقد اخبر وانما

Copyright © King Saud University

يعني بعدم رؤيته وجهها الجهل ببعض صفات الوجه وهو ادنى من فوات بعض الاوصاف
كالسمع والبصر وغيرهما وذا لا يمنع الجواز ولكن يمنع لزوم العقد فكذا هنا **قوله**
فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار بان اشترى ثوبا ولم يعلم عدد ذرعانه و
خيار الرؤية انما يثبت في كل عقد ينفسخ بالرد كالاجارة والصلح عن دعوى مال و
القسمة والشراء وما اشبه ذلك من العقود التي تنفسخ برده ولا يثبت خيار الرؤية
في كل عقد لا ينفسخ برده كالمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن القصاص وما اشبه ذلك من
العقود التي يكون المردود مضمونا بنفسه لا بما يقابله لان الرد في هذه المواضع لا يفيد
لانه بالرد لا يرتفع العقد وقيام العقد يوجب مطالبة العين فاذا فسخ برده ايضا فيؤدي
الى ما لا يتناهى **قوله** وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم جواب سؤال بان يقال لو لم يكن له
خيار قبل الرؤية لما كان له حق الفسخ قبل الرؤية وله ان يفسخ العقد قبلها فقال حق
الفسخ قبلها لعدم لزوم العقد لا لمقتضى الحديث وهذا لان صحة الفسخ تعتمد عدم
لزوم العقد والعقد هنا قبل الرؤية غير لازم لتمكن الخلل في الرضاء اذ هو عبارة
عن الاستحسان الشئ مع الجهل باوصافه لا يتحقق واللزوم يعتمد تمام الرضاء
وتمامه بالعلم باوصاف هي مقصودة وانما يصير معلومة بالرؤية ولهذا لا يعتبر قوله
رضيت قبل الرؤية ولانه لو لزم العقد بالرضاء قبل الرؤية لزم العقد امتناع الخيار
المقدر بالرؤية والخيار ثابت بتقديرها بالحديث فما ادى الى ابطاله يكون باطلا وهذا
لانه لو وجب رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار وقد اثبتنا الشرع الخيار عند
الرؤية بخلاف الفسخ قبل الرؤية لان الفسخ يخرج العين من ان يكون معقودا
عليها فلا يوجد بعد رؤية المعقود عليه خاليا عن الخيار والرضاء بالعيب قبل
الرؤية انما يصح لان سبب العيب وكون المبيع معيبا سابق على الرضاء فاعتبر لوجود
سبب الخيار وهو العيب وفي هذا السبب الرؤية فلا يثبت الخيار قبلها **قوله** اعتبارا بخيار
العيب ان وجد البائع الثمن معيبا كان له الخيار فان شاء تجوز وان شاء رده ولا ينفسخ
العقد الا في المعارضة **قوله** لا اي في جانب البائع وثبوتا اي في جانب المشتري — المقايضة
اي لا يزول عن ملك البائع الا برضاه ولا يثبت الملك للمشتري الا برضاه **قوله** ولا يتحقق
ذلك اي تمام الرضاء **قوله** متعلق بالشراء فلا يثبت دونه لان الخيار ان يثبت للبائع
واما ان يثبت بها بالرؤية اي بدلالة او بحديث آخر لا يجوز الاول لانه متعلق بالشراء
فكيف يثبت في البيع ولم يرو حديث آخر في البيع وهو ليس في معنى الشراء ليثبت الحكم
فيه دلالة لان المشتري ظنه خيرا مما اشتراه فرده لفوات الوصف المرغوب فيه والبائع
فيرده باعتبار ان المبيع ازيد مما ظنه فصار كما لو باع عبدا على انه معيب فاذا هو

سليم

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

سليم فانه لا يثبت للبائع خيار **قوله** وما يبطل خيار الشرط من تعيب وتصرف يبطل خيار الرؤية
والاصل فيما يبطل خيار الشرط ان كل ما يفعل بالمشتري في المشترى بشرط الخيار وهو
فعل يحتاج اليه للامتحان ويحل في غير الملك بحال الاستغلال اول مرة لا يكون دليل
الاختيار حتى لا يسقط خياره وكل فعل لا يحتاج اليه للامتحان او يحتاج اليه للامتحان
الا انه لا يحل في غير الملك بحال فانه يكون دليل الاختيار وهذا لانه متى فعل فعلا يحتاج اليه
للامتحان ويحل في غير الملك جعل دليل الاختيار ويسقط خياره اول مرة لا يعتد
الخيار فائدته لان فائدة شرط الخيار امكان الرد فلو لزم البيع بفعل الامتحان اول
مرة يفوت فائدة الخيار اذا ثبت هذا فنقول اذا اشترى جارية على انه بالخيار فاستخدمها
مرة لا يبطل خياره لان الاستخدام يحتاج اليه للامتحان وانه يحل بدون الملك في الجملة
فلم يكن الاستغلال به دليل الاختيار فبقي خياره بخلاف الوطء حيث يبطل خياره وان
كان الوطء محتاجا اليه للامتحان لانها اشترى للوطء ولا يعلم كونها صالحة للوطء بالنظر اليها
وانما كان كذلك لان الوطء تصرف لا يحل بدون الملك بحال لكان الاقدام عليه اختيارا
للملك حتى لا يقع وطئه في غير الملك ولا كذلك الاستخدام فانه يحل في غير الملك فان
استخدمها مرة اخرى فان كان في النوع الذي استخدمها في المرة الاولى كان اختيارا
للملك لان المرة الاخرى في ذلك النوع غير محتاج اليه للامتحان والعرض على البيع
والتقبيل والمس بشهوة ولبس الثوب مرة اخرى وركوب الدابة مرة اخرى كل ذلك
يسقط الخيار لما انه غير محتاج اليه للامتحان او لانه لا يحل في غير الملك **قوله** ثم ان
كان تصرفا لا يمكن رفعه الى ان قال يبطله قبل الرؤية وبعدها **فان قيل** لما بطل
خياره قبل الرؤية يكون مخالفا لحكم النص لان النص اثبت الخيار اذا رآه بقوله فله
الخيار اذا رآه **قلنا** ذلك فيما امكن العمل بحكم النص واما هذه الافعال فمثبتة
على الملك والملك ثابت فصحت هذه التصرفات بناء على قيام الملك وبعد صحتها لا يمكن
رفعها فسقط الخيار ضرورة وكذا المشتري اذا علق المبيع اي المشترى الذي له خيار الرؤية
بالبيع حق للغير بان اجر او رهن او باع بشرط الخيار للمشتري لان هذه الحقوق
مانعة من الفسخ فبطل الخيار ضرورة وكذلك حتى لو افتك الرهون او مضت مدة
الاجارة او رد المشتري عليه بخيار الشرط ثم رآه لا يكون له الرد بحكم خيار الرؤية و
ان كان تصرفا لم يوجب حق الغير بان باع بشرط الخيار لنفسه او وهب ولم يسلم او عرض على
البيع لا يبطل خياره وان كانت هذه التصرفات بعد الرؤية يبطل خياره لان الخيار
لا يبطل قبل الرؤية بصريح الرضاء فبدلالته احق وان كان ذلك بعد الرؤية يبطل
خياره لان بعدها يسقط خياره بصريح الرضاء فيسقط بدلالته ايضا ولو اشترى

Copyright © King Saud University

ايضا ولها الاكار فوجدها الاكار رضي المشتري بان تركها عليه على الحالة المتقدمة ثم راها
فليس له ان يردها لان فعل الاكار كفعل المشتري **قوله** او الى وجه الجارية ذكر وجه
الجارية وقع اتفاقا لان الحكم في الغلام كذلك ذكره في الايضاح والمعتبر في العبد و
الامة النظر الى الوجه والنظر الى غيره من الجسد لا يبطل خياره لان العلم به وبصفاته
يتحقق برؤية الوجه وفي الذخيرة اذا اشترى جارية او عبدا فراى وجهه ورضي
لا يكون له الخيار بعد ذلك **قوله** لتعذره اما في العبد والامة فظ لان في رؤيته
مواضع عورته اما في العبد فالمجبوب اصله سواء فسخ العقد او لم يفسخ واما في الامة فلانها   جميع بدنها عورة
لو فسخ البيع بخيار الرؤية بعد رؤيته عورتها كان نظره الى العورة واقعا في غير ملكه لان
الفسخ رفع العقد من الاصل فصار كان العقد لم يوجد وكان نظره وقع حراما في اصله
واما في الثوب المطوي فيتضرر البائع بانكسار ثوبه بالنشر والطي على تقدير اشتراط
رؤية جميع اجزائه وفي الصبرة لا يمكن اشتراط رؤية كل الجهة من جهات الحنطة **قوله** و
علامة اي علامة الشيء الذي لا يتفاوت احاده النموذج بالفتح والانموذج بالضم
تعريب نموذه كذا في المغرب في الذخيرة والمكيل والموزون نظرا لعدديات المتقاربة
يكتفي فيه برؤية البعض اذا كان في وعاء واحد بالخلاف فاما اذا كان في وعائين فراى ما
في احد الوعائين اختلف المشايخ فيه قال مشايخ العراق اذا رضي بما راى يبطل خياره في
الكل اذا وجد في الوعاء الاخر مثل ما راى او فوقه اما اذا وجد دونه فهو على خياره و
لكن اذا اراد الرد يرد الكل وهو الصحيح **قوله** والجوز والبيض من هذا القبيل اي من قبيل
الذي لا تتفاوت احاده لانه يختلف بالصغر والكبر فلا يكون فيه رؤية البعض دليلا
على الباقي وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير لتفاوت احاده **قوله** وقنية
القنية قنوت المال جمعته قنوا وقنوة واقتنيته اتخذته لنفسي قنية اي اصل مال للنسل لا
للتجارة كذا في المغرب **قوله** واما الثوب فلا بد من الدخول في داخل الدار وفي المحيط و
الذخيرة وبعض مشايخنا قالوا في الدار يعتبر رؤية ما هو المقصود حتى اذا كان في الدار
بيتان شتويان وبيتان صيفيان وبيتان طابقان تشترط رؤية الكل ولا تشترط رؤية صحن
الدار ولا تشترط رؤية المطبخ والمزبلة والعلو الا في بلد يكون العلو مقصودا كما في
سمرقند وبعضهم شرطوا رؤية الكل وهو الاظهر والاشبه **قوله** ونظر الوكيل كنظر
المشتري في الفوائد الظهيرية وصورة التوكيل ان يقول المشتري لغيره كن وكيلا
في قبض المبيع وصورة الرسول ان يقول كن رسولا عني بقبضه اوقل بقول امرك
بقبضه **قوله** وله ان القبض نوعان تام بحيث لا يرد عليه النقض وهو ان يقبضه وهو
يراه وهو يسقط الخيار لما انه على الرضاء وناقص بحيث يرد عليه النقض وهو ان يقبضه

مستورا

مستورا وهو لا يسقط الخيار لعدم الرضاء وهذا لان تمام القبض بتمام الصفقة وخيار الرؤية يمنع
تمام الصفقة لان تمامها يكون بتمام الرضاء ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل يملك نوعي
القبض فكذا الوكيل لانه ملكه الموكل ما يملك ولكن على البدل لا على الشمول لان اللفظ مطلق
لا عام فاذا قبضه وهو ينظر اليه بطل الخيار بمقتضى تمام القبض كما لو قبضه الموكل وهو ينظر
اليه واذا قبضه مستورا فقد اختار الناقص فانتهت الوكالة بالناقص وبعد ذلك ليس للوكيل
ملك الاسقاط قصدا لعدم الصورة اجماعا بخلاف خيار العيب فانه لا يبطل بقبض
الوكيل في الصحيح لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وبانتفاء التمام كان يبطل
الخيار وقد عدم **قوله** وخيار الشرط على الخلاف ذكر القدوري انه لو اشترى شيئا على
انه بالخيار فوكل وكيلا بالقبض فقبضه بعدما راه فهو على الخلاف في ابن سلم وهو الاصح فما
فالوكيل قائم مقام الموكل والموكل لو قبض المبيع وخيار الشرط فيه وهو يراه لا يبطل خيار الشرط
فكذا من يقوم مقامه اذا قبضه وهو يراه وهذا لان الخيار شرع للاختيار وفيه التروي
والتامل فيه بعد القبض حتى اذا استحسنه اخذه وان استقبحه تركه وهذا يفوت ببطلان
الخيار بمجرد القبض **قوله** وبخلاف الرسول فان الرسول ليس اليه الا تبليغ الرسالة فصار
معبرا عن المرسل فكان المرسل قابضا فاما الوكيل فهو الذي فوض اليه التصرف فيعمل برأيه
ولهذا يجوز ان يسلب اسم الوكيل عن الرسول قال الله تعالى قل لست عليكم بوكيل **قوله** ولهذا
لا يملك القبض اي قبض الثمن **قوله** وبيع الاعمى وشراؤه جائز وقال الشافعي لا يصح
شراؤه لانه لا يجوز شراء ما لم يره وقيل ان كان بصيرا فعمي فهو كالبصير عند الشافعي وان
كان اكمه فلا يجوز بيعه ولا شراؤه اصلا لانه لا يعرف لون الاشياء وصفاتها **قوله** كما
في السلم اي كما اذا اراد ان يسلم المسلم فلا يكون له خيار الرؤية فيكون الوصف في السلم
نائبا مقام الرؤية حكما حتى لا يبقى الخيار بعد حقيقة الرؤية فكذا بعد القائم مقامه ولما
كان الوصف كالرؤية في حق البصير فلان يكون في حق الاعمى كذلك اولى **قوله** كتحريك
الشفتين مقام القراءة بعبارة الفوائد الظهيرية بدليل المعلوم حيث قال الا ان المقصود
الا شبه عند عدم الحقيقة واجب كالمحرم اذا اراد التحلل وقد قرع راسه يلزمه اجراء
الموسى عليه تشبها بالحالقين وكذا الاخرس يلزمه تحريك الشفتين عند القراءة **قوله**
لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعضه يريد اذا قبضه مستورا
اما اذا قبضه وهو يراه بطل خياره وتتم الصفقة **قوله** كيلا يكون تفريقا للصفقة
قبل التمام وتفريق الصفقة حرام لما جاء في الحديث ان النبي عليه السلام نهى عن تفريق
الصفقة **فان قيل** ينبغي ان يكون في جواز هذه الصورة ولانه قاعد الشرع ان الذي
لم يره لقوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا راه **قلنا** العمل يجب قوله

King Saud University
Copyright © King Saud University

نهى عن تفريق الصفقة اولى من حديث خيار الرؤية بوجوه احدها ان موجب قوله عليه السلام في
عن تفريق الصفقة محكم في افادة التحريم اي موجبه ثابت في جميع الصور وموجب قوله صلى الله
عليه وسلم من اشترى شيئا لم يره غير ثابت في جميع الصور الا ترى انه لا يملك الرد اذا تعيب
او اعتق احد العبدين او دبره فكان النهي عن تفريق الصفقة راجحا اولان قوله صلى الله عليه
وسلم نهى محرم والمحرم راجح على المبيح اولان قوله نهى عن تفريق الصفقة متاخر عن المبيح
والا يلزم تكرار النسخ لما عرف قوله الا اذا كان لا يعلم موضعه اي لا يعلم انه هو الذي رآه
قوله وسبب اللزوم ظاهر وهو الشراء بعد الرؤية قوله على ما قالوا لان الظ شاهد
للمشتري قال شمس الائمة السرخسي ره ارايت لو كان جارية خابرها فاشتراها بعد ذلك بعشر
سنين وزعم البايع انها لم تتغير كان يصدق عاقل لا بل كان يقضي الصدر الشهيد حسام الدين
والشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني ره قوله بخلاف ما اذا اختلفا في الرؤية حيث يجعل القول
قول البايع قوله ومن اشترى عدل زطي الزط جيل من الهند ينسب اليهم الثياب الزطية
كذا في المغرب وقيل جيل من الناس بسواد العراق ولفظ الجامع الصغير ومن اشترى عدل
زطي ولم يره وقبضه فباع منه ثوبا وانما قيد بالقبض لانه لو لم يكن مقبوضا لا يصح تصرف
المشتري فيه ببيع او هبة ولانه لو كان قبل القبض فالخيارات الثلث من خيار الشرط والرؤية
والعيب سواء في جواز رد شيء ولانه لو كان قبل القبض فيها فلا يصح قوله الا من
عيب لانه اذا اشترى شيئين ولم يقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا فليس له ان يرد المعيب
خاصة بل يردهما ان شاء قوله وكذلك خيار الشرط اي ليس له ان يرد شيئا منها بخيار
الشرط اذا اشترى عدل زطي بخيار الشرط فقبضه وباع منه ثوبا او وهب هو حاصل
ما ذكر الامام قاضيخان ره في الجامع الصغير وهذا جنس مسايل خيار الشرط وخيار
الرؤية وخيار العيب وخيار الاستحقاق فكل ذلك على وجوه لانه اما ان كان المشتري
قبض المبيع او قبض بعضه او لم يقبض شيئا ففي خيار العيب كان الرؤية والشرط لا يرد
البعض خاصة لانه تفريق الصفقة قبل التمام وفي خيار العيب ان كان قبل القبض ف
كذلك لان الصفقة لا تتم قبل القبض لان تمام الصفقة انما يتم بانتهاء الاحكام و
وذلك لا يكون قبل التسليم وثبوت ملك اليد وان كان قبض بعضه فكذلك لان قبض
البعض لا يتناهى حكم العقد وان قبض الكل فوجد ببعضه عيبا ان كان المبيع شيئا
واحدا كالثوب والدار والعبد يرد الكل او يمسك وان كان المبيع شيئين كالثوبين
والعبدين وقبضهما ثم وجد باحدهما عيبا رد المعيب خاصة لان العيب وجد باحدهما
وخيار العيب لا يمنع تمام الصفقة لانه رضي بالعقد على اعتبار السلامة والسلامة
عن العيب ثابتة من حيث الظ فكانت الصفقة تامة ولهذا لا يملك الرد عليه بحكم العيب

بعد

بعد القبض الا بقضاء او رضاء وفي خيار الشرط والرؤية ينفرد بالرد وفي فصل الاستحقاق ان
استحق بعض المبيع قبل القبض او بعد ما قبض بعض المبيع كان له ان يرد غير المستحق لان
باستحقاق البعض تتفرق الصفقة على المشتري قبل التمام وان كان قبض الكل ثم
استحق بعضه فان كان المبيع عبدا واحدا او ثوبا واحدا واستحق بعضه كان له ان يرد
الباقي وان كان عبدين فاستحق احدهما لا يرد الباقي على ما ذكرنا قوله وفيه وضع المسئلة
اي في المقبوض على ما ذكرنا قوله ولو عاد اليه بسبب هو فسخ بان يرد المشتري الثاني بعيب
بقضاء القاضي وعن ابي يوسف ره انه لا يعود خيار الرؤية بعد سقوطه وفي فتاوى
قاضيخان وهو الصحيح باب خيار العيب لان مطلق العقد يقتضي وصف السلامة
لان الغالب في الاشياء هو السلامة فينصرف العقد على ذلك الوصف ولان كل واحد من
العاقدين صاحب عقل وتمييز فيابى ان يغبن او يغبن وروي انه صلى الله عليه وسلم
اشترى عبدا من العداء بن خالد وكتب في صكه هذا ما اشترى محمد رسول الله صلى الله
عليه وسلم من العداء بن خالد لا داء ولا غايلة ولا خبثة وهذا تنصيص على ان العقد يقتضي
السلامة في المبيع عن العيب والغايلة ما يكون من قبيل الافعال كالاباق والسرقة
والخبثة هو الاستحقاق وقيل الجنون قوله لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
لان الثمن عين يكون مقابلا بالعين دون الوصف لانه عوض عين متقوم فلا يقابله
الا عين متقوم ولان الثمن لا يخلو اما ان يقابل بالوصف مع الاصل وفيه تسوية بين التبع و
الاصل او بالوصف فقط وفيه ترجيح التبع على الاصل او بالاصل دون الوصف وهو
المرام قوله في مجرد العقد احترز به عما اذا صارت الاوصاف مقصودة بالتناول
حقيقة كما لو قطع البايع يد المبيع قبل القبض فانه يسقط به نصف الثمن لانه صار مقصودا
بالتناول او حكما بان يمتنع الرد بحق البايع بالتعيب عند المشتري او بحق الشرع كالخياطة
ولانه لو امسكه واخذ النقصان لتضرر به البايع لانه ما رضي بزوال المبيع عن ملكه الا
بكل الثمن ولو امسكه ولا ياخذ النقصان لتضرر به المشتري وبالرد يندفع الضرر عنه
بلا تضرر البايع نظرا اليه فان قيل يشكل هذا بما اذا باع معيبا فاذا هو سليم
فلا خيار للبايع وان كان البايع يتضرر بثمن المعيب في السليم لما ان الظ انه نقص الثمن
على ظن انه معيب فعلى ذلك ينبغي ان لا يثبت الخيار للمشتري هاهنا ايضا اذا ظهر السليم
معيبا وان كان يتضرر به المشتري او يثبت الخيار هناك للبايع ايضا كما يثبت للمشتري
هاهنا قلنا المبيع كان في يد البايع ويتصرف فيه زمان طويل فانزل عالما بصفة
ملكه فلا يكون له الخيار وان ظهر بخلاف ما ظنه واما المشتري فانه ما راى المبيع اصلا فلو قلنا
بلزوم العقد مع العيب تضرر المشتري من غير علم حصل له به فيثبت له الخيار قوله ولانه

King Saud University
Copyright © King Saud University

والبول في الفراش والسرقة عيب في الصغر وفي الايضاح والسرقة والبول في الفراش في حالة
الصغر قبل ان يأكل وحده ويشرب وحده ليس بعيب لانه لا يعقل ما يفعل وبعد
ذلك هو عيب ما دام صغيرا وكذا الاباق وبعض مشايخنا قالوا البول في حالة الصغر
انما يكون عيبا اذا كان ابن خمس فما فوقه واما اذا كان ابن سنة او سنتين فليس ذلك
بعيب والسرقة اذا كان اقل من عشرة دراهم عيب لان السرقة انما كانت عيبا لان الانسان
لا يأمن السارق على ماله ونفسه وفي حق هذا المعنى العشرة وما دونها سواء وقيل ما دون
الدرهم نحو فلس او فلسين وما اشبه ذلك لا يكون عيبا والعيب في السرقة لا يختلف
بين ان تكون من المولى او من غيره الا في المأكولات فان سرقة ما يؤكل للاكل من
المولى لا يعد عيبا وسرقة ما يؤكل لا للاكل بل للبيع عيب من المولى وغيره واذا
نقب البيت فلم يختلس فهو عيب الاباق ما دون السفر عيب بلا خلاف بين المشايخ رح
تكلموا في انه هل يشترط الخروج من البلدة وهذا لان الاباق انما كان عيبا لانه يوجب
فوات المنافع على المولى وفي حق هذا المعنى السفر وما دون السفر سواء وفي نوادر
بشر عن ابي يوسف رح رجل اشترى امة وابقت من عنده ثم وجدها او استحقها مستحق
بينة بعيب الاباق لانه لم … وكذلك لو ابقت من رجل كانت عنده باجارة او عارية او
وديعة ولو ابقت من الغاصب الى مولاها فهذا ليس باباق وان ابقت فلم ترجع الى الغاصب
ولا الى المولى وهي تعرف منزل مولاها وتقدر على الرجوع اليه فهذا عيب وان كانت
لا تعرف منزل مولاها ولا تقدر على الرجوع اليه فهو ليس بعيب وفي الفوائد الظهيرية
وههنا مسألة عجيبة وهي ان اشترى عبدا صغيرا فوجده يبول في الفراش كان له ان
يرده فان لم يتمكن من الرد حتى تعيب عنده بعيب آخر كان له ان يرجع بنقصان العيب فلو
رجع بنقصان العيب ثم كبر العبد هل للبائع ان يسترد ما اعطى من النقصان لزوال
العيب بالبلوغ لا رواية لهذه المسألة في الكتب قال رضي الله كان والدي ره يقول ينبغي ان
يسترده استدلالا بالمسألتين احدهما ان الرجل اذا اشترى جارية فوجدها ذات
زوج كان له ان يردها فان تعيبت عنده بعيب آخر رجع بالنقصان فاذا رجع بالنقصان
ثم ابانها زوجها كان للبائع ان يسترد النقصان لزوال ذلك العيب فكذا فيما نحن فيه
والثانية اذا اشترى عبدا فوجده مريضا كان له ان يرده فان تعيب عنده بعيب
آخر رجع بالنقصان فاذا رجع ثم برأ من مرضه هل للبائع ان يسترد النقصان قالوا
ان كان البرء من المداواة اذا لم يكن له ان يسترده والا فله ذلك والبلوغ ههنا
ليس بالمداواة فكان له ان يسترده قوله حتى يعاوده بعد البلوغ الى ان يعاوده
البلوغ في يد البائع ثم يبيعه فيعاوده في يد المشتري في حالة الصغر كان له الرد وكذلك

فكان

وقوله عطف على معمول عاملين … يعني ان السرقة مبتدأ مضاف صغير مضاف اليه يعقل فعل مضاف عيبا خبره في السرقة باعتبار الاضافة عامل جار ومعمول مجرور وباعتبار مبتدأ عامل رافع وعيب معمول مرفوع والبول … باعتبار الاضافة عامل جار وبالتبع معمول مجرور وباعتبار مبتدأ عامل رافع عيب معمول مرفوع … معمول مجرور وهو تابع عطف على معمول مجرور صغير واحد معمول … مرفوع وهو عيب آخر عطف على معمول مرفوع وهو عيب قبله

لو كانت في يد البائع بعد البلوغ ثم عاوده في يد المشتري لانه عين ما كان في يد البائع ولو حدث
ذلك في يد المشتري بعد البلوغ لا يكون له الرد لانه غير ما كان في يد البائع قوله والجنون
في الصغر عيب ابدا اي سواء عاوده في يد المشتري وهو صغير او بالغ وفي الذخيرة و
اختلف المشايخ في فصل الجنون اي في معاودة الجنون في يد المشتري هل هو شرط لازم
قال بعضهم انها ليست بشرط بل اذا ثبت وجوده عند البائع يرده واليه مال شمس الائمة
الحلواني رح وشيخ الاسلام رح وهو رواية المنتقى وبعض مشايخنا قالوا المعاودة في يد
المشتري شرط وهو المذكور في الاصل والجامع وتكلم المشايخ في مقدار ما يكون عيبا
من الجنون قال بعضهم الجنون وان كان ساعة فهو عيب وان كان اكثر من يوم وليلة قال بعضهم
فهو عيب اما يوم وليلة وما دونه فليس بعيب قال بعضهم المطبق عيب وغير المطبق
ليس بعيب قوله والبخر نتن رائحة الفم والدفر … من الابط كذا في المبسوط
وذكر في المغرب الدفر … وبالسكون النتن واما الذفر بالذال
المعجمة بالتحريك لا غير وهو حدة الرائحة … كانت … مسك اذفر وابط ذفراء
وهو مراد الفقهاء … واما البخر والدفر عيب في الجارية وهكذا في الرواية قوله ولو
اشترى عبدا على انه كافر فوجده مسلما لا يرده وهذا عندنا وقال الشافعي رح له ان
يرده لانه وجده بخلاف شرطه وله في هذا الشرط غرض فربما قصد ان يستخدمه في الحرف
من الامور ولا يستحي من نفسه ان يستخدم المسلم في مثلها فاذا فات عليه مقصوده تمكن
من رده واصحابنا قالوا الكفر عيب تذكره في العقد لا يكون على وجه الشرط بل على وجه
التبرء من العيب فكأنه اشتراه على انه معيب فاذا هو سليم قوله يرد اذا انضم اليه نكول
البائع قبل القبض وبعده وهو الصحيح وعن محمد رح يرد قبل القبض بلا يمين البائع لان البيع
قبل القبض ضعيف حتى يملك المشتري الرد بالعيب قبل القبض بلا قضاء ولا رضاء وصح
فسخ العقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا في ظاهر الرواية … في ذلك والله اعلم ان الرجل
اذا ادعى انقطاع الحيض فالقاضي يسأل عن مدة الانقطاع فان ادعى الانقطاع في مدة
قصيرة لا يسمع دعواه وان ادعى الانقطاع في مدة مديدة يسمع دعواه والمديدة مقدرة
بثلثة اشهر عند ابي يوسف رح وباربعة اشهر وعشرا عند محمد رح وعندنا ابي حنيفة وزفر رح
سنتان فاذا عرفت المدة فما دونها قصيرة ثم بعد ذلك ان كان القاضي مجتهدا يحكم
بما ادى اليه اجتهاده والا يأخذ بالمتفق عليه وهو سنتان فاذا ادعى فاذا ادعى الانقطاع
في مدة قصيرة لا يسمع دعواه ما لم يدع ان انقطاع الحيض بسبب الداء والحبل فاذا
ادعى ذلك فيسأل البائع اهي كما يدعي المشتري فان قال نعم ردها على البائع باقراره
وان قال هي كذلك الحال ولكن ما كانت منقطعة الحيض عنده وانما حدث هذا العيب عنده

Copyright © King Saud University

المشتري توجهت الخصومة على البائع لتصادقهما عليها فقيام العيب للحال فان طلب المشتري يمين
البائع يحلف البائع على ذلك كما يحلف على سائر العيوب فان حلف برئ وان نكل رد عليه لان
نكوله كاقراره فان شهد للمشتري شهود على انقطاع الحيض عند البائع لم يقبل شهادتهم بخلاف
ما لو شهدوا على كونها مستحاضة لان الاستحاضة دوام الدم فيطلع عليه اما انقطاع الحيض
على وجه يعد عيبا فلا يقف عليه الشهود فقد تيقن القاضي كذبهم فلا يقبل شهادتهم وان
انكر البائع انقطاع حيضها في الحال لا يستحلف على ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما يستحلف
كما سيجيء ان شاء الله تعالى **قوله** فيتعين الرجوع بالنقصان لان الجزء الفائت صار مستحقا
للمشتري بالعقد وقد تعذر تسليمه اليه فيرد حصته من الثمن ولا يقال الفائت وصف فلا
يقابله شيء من الثمن لانه صار مقصودا بالمنع فيكون له حصة من الثمن وطريق معرفته
ان يقوم به عيب ويقوم بلا عيبه فان كان تفاوت ما بين القيمتين العشر رجع بعشر
الثمن وان كان نصف العشر رجع بنصف عشر الثمن وقال مالك رح يرده ويرد معه نقصان
العيب الحادث في يده لان رد البدل عند تعذر رد العين كرد المبدل فصار ردها
كالمبيع فيرجع بكل الثمن **فان قيل** اذا اشترى بعيرا فنحره فلما شق بطنه وجد امعاءه
فاسدا لا يرجع بنقصان العيب عند ابي حنيفة رح وهنا قال يرجع بالنقصان **قلنا** الفرق
بينهما ان النحر فساد للمالية لانه صار بالنحر عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع به السارق
بسرقته فيختل معنى تمام المبيع في فصل النحر بخلاف القطع **قوله** لان الزيادة ليست بمبيعة
فامتنع اصلا لان العقد لم يرد على الزيادة فلا يرد عليها الفسخ ضرورة اذ فسخ العقد
يرفعه فلا يرد على ما لم يرد عليه **فان قيل** ينتقض بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع
كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية **قلنا** لان فسخ العقد ثم في الزيادة
ممكن لان الزيادة تتنوع باعتبار التولد والتفرع والاتصال والانفصال الى الزيادة نوعان
متصلة ومنفصلة والمتصلة نوعان متولدة كالسمن والجمال وهي لا تمنع الرد بالعيب
ومنفصلة غير متولدة كالصبغ والخياطة واللت وهي تمنع الرد بالعيب اتفاقا والمنفصلة
نوعان متولدة كالولد والثمر وهي تمنع الرد بالعيب لانه لا سبيل الى فسخ العقد مقصودا لان العقد
لم يرد على الزيادة ولا سبيل الى فسخه تبعا لانقطاع التبعية بالانفصال وغير متولدة من
المبيع كالكسب وهي لا تمنع الرد بالعيب بل يفسخ العقد في الاصل دون الزيادة ويسلم الزيادة
للمشتري مجانا بخلاف الولد والفرق ان الكسب ليس بمبيع بحال لانه تولد من المنافع وهي
غير الاعيان والولد متولد من المبيع فيكون له حكم المبيع فلا يجوز ان يسلم للمشتري مجانا
لانه نوع من الربوا لانه فضل خال عن العوض في عقد المعاوضة والربوا اسم لما يستحق بالعقد زيادة
بلا عوض يقابله **قوله** وليس للبائع ان ياخذ لان امتناع الرد لحق الشرع للزيادة

لحق الشرع

للمشتري وهو في معنى الربوا وحرمة الربوا لحق الشرع **قوله** فان باعه المشتري اي باع المشتري الثوب
المخيط او المصبوغ والسويق الملتوت بسمن بعدما راى العيب رجع بالنقصان ايضا لان الرد كان
ممتنعا قبل البيع للزيادة الحادثة في الثوب من مال المشتري فلم يكن المشتري حابسا للمبيع
الاصلي في كل موضع لو كان المبيع قائما على ملكه يمكنه رده برضا البائع فاذا باعه لا يرجع
بنقصان العيب لانه امتنع الرد بفعله لانه بالبيع صار ممسكا بالمبيع معنى لقيام المشتري مقامه
في امساك المبيع فصار حبس المشتري المبيع بحبسه فكان المبيع في يده وهو لا يرجع بنقصان
العيب ثمة ليس له ذلك كذا ههنا وفي كل موضع لو كان المبيع في يده على ملكه لا يمكنه رده
وان رضي البائع به فاذا اخرجه عن ملكه يرجع بنقصان العيب لان الرد كان ممتنعا قبل
بيعه فلم يصر المشتري ممسكا للمبيع ببيعه فيبقى ارش العيب حالة **قوله** ومن هذا اي ومن
هذا الاصل المذكور قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير فخاطه ثم وجد به
عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار واهبا للصغير مسلما اليه قبل الخياطة فلم يمتنع الرد
قبل الهبة وكان حابسا للمبيع فلا يرجع ولو كان الولد كبيرا يرجع بنقصان العيب لانه لم
يصر مسلما اليه الا بعد الخياطة فكان الرد ممتنعا قبل الهبة فلم يصر حابسا فيرجع **قوله** واما
الموت فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحيوة باعتبارها فينتهي بانتهائها اذ لا بقاء
للموت لا يتحقق والملك في الادمي باعتبار المالية وانتهت المالية بانتهاء الحيوة فانتهى
الملك **قوله** لان العتق اي الاعتاق انهاء الملك اي اتمام له لان الملك في الادمي على خلاف
الاصل الى غاية العتق والشيء ينتهي بمضي مدته والمنتهي متقرر في نفسه ولهذا ثبت الولاء
بالعتق والولاء اثر من اثار الملك فبقاؤه كبقاء اصل الملك والتدبير والاستيلاد كالعتق
لانهما لا يزيلان الملك ولكن المحل بهما يخرج من ان يكون قابلا للنقل من ملك الى ملك
فقد تعذر الرد مع بقاء الملك المستفاد بالشراء حقيقة او حكما فيرجع بنقصان العيب
لانه استحق ذلك الملك بوصف السلامة كما لو تعيب عنده **قوله** وان قتل المشتري العبد
او كان طعاما فاكله لم يرجع بشيء عند ابي حنيفة رح والاصل ان امتناع الرد ان كان بفعل
مضمون من المشتري لا يرجع بشيء لانه حينئذ كان ممسكا للمبيع معنى وهذا شرط
الرجوع بالنقصان ان لا يكون ممسكا اياه واذا امتنع الرد لا بفعل منه بان هلك او بفعل
غير مضمون منه يرجع لانه لا يصير ان يكون ممسكا ثم القتل فعل مضمون اذ لو باشره في
ملك الغير يضمن وانما استفاد البراءة عن الضمان ههنا بملكه فيجعل كسقوط الضمان
عنه بسبب الملك فيصير كانه ملك بالقتل عوضا عن الملك ولهذا لو تم وجب عليه الكفارة
ان كان خطاء ويضمن ان كان مديونا وانما لم يضمن اذا لم يكن مديونا لعدم الغارم لا لعدم الضمان
الوجوب له عليه فصار الضمان كالسالم له معنى بهذا الاعتبار بخلاف الاعتاق لانه لا يوجب

King Saud University
Copyright © King Saud University

النقصان
عليه مطلقا لو فعل في ملك غيره لعدم النفاذ فيه من احد الشريكين وان نفذ فلا سبيل له
مطلقا لانه اذا كان معسرا لم يضمن وهذا لان الاعتاق تصرف شرعي فاعتباره بشرط وهو
الملك بخلاف القتل لانه حسي يتصور في الملك وغيره وهو لم يستفد بالاعتاق عوضا حقيقة
وحكما فلا يكون حابسا للمبيع فيرجع بالنقصان وتبين بما ذكرنا ان العتق ليس بمضمون مسئلة
ذكرها في شرح الطحاوي وهي ان مشتري العبد لو وكل وكيلا بقبضه فقبل نقد الثمن قبضه
الوكيل بغير اذن البائع فمات في يده كان للبائع ان يضمن الوكيل القيمة ويحبسها بالثمن
ولو كان وكيلا بالاعتاق فاعتقه الوكيل جاز عتقه ويصير قابضا وليس للبائع ان يضمن
الوكيل القيمة وله ان يطالب المشتري بالثمن فثبت ان العتق غير مضمون وبذلك قال الامام
[illegible] الاكل واللبس فعل مضمون عليه وانما استفاد الشراء باعتبار ملكه في المحل
وذلك بمنزلة عوض حصل له **فان قيل** هذا يشكل بالقطع والخياطة فانهما فعلان
مضمونان ومع ذلك يرجع بالنقصان **قلنا** انما يرجع لامتناع الرد بحكم شرعي
لا كذلك ههنا فان الرد امتنع بفعل مضمون **قوله** وان اكل بعض الطعام الى قوله فصار
كبيع البعض اذا باع بعضه ثم وجد عيبا لا يرجع بالنقصان لا في المأكول ولا في الباقي عندهما
لان امتناع الرد في الباقي بفعله حيث باع بعضه وعنده في رواية يرجع بنقصان الباقي اعتبارا
للبعض بالكل وان اكل بعضه ثم علم بالعيب فعند ابي حنيفة رح لا يرد ما بقي ولا يرجع بنقصان
ما اكل ولا بما بقي لان الطعام في الحكم كشيء واحد فلا يرد بعضه بالعيب فان البعض كان
باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل لان الطعام كشيء واحد فلا يرد بعضه
بالعيب اكل الكل عندهما لا يمنع من الرجوع بنقصان العيب فاكل البعض اولى وعنهما يرد
ما بقي لانه لا يضره التبعيض وهو قادر على الرد كما قبضه ويرجع بنقصان العيب فيما
اكل وفي بيع البعض عنهما روايتان في احدى الروايتين لا يرجع بشيء كما هو قول ابي حنيفة رح
لان الطعام في حكم شيء واحد فبيع البعض فيه كبيع الكل وفي رواية الاخرى يرد ما بقي لانه
لا يضره التبعيض ولكنه يرجع بنقصان العيب فيما باع اعتبارا للبعض بالكل كذا في المبسوط
قوله فان لم ينتفع يرجع بالثمن كله لانه لم ينتفع به اصلا بحيث لا يصلح الا لاكل الناس ولا للعلف
قال الامام الحلواني رح هذا اذا لم يوجد كذلك [illegible] فان تناول نشاسته بعدما دام
لا يرجع عليه بشيء وربما لا ينتفع به اصلا كالفرخ اذا وجده مذرا او البيض اذا كانت مذرة
قوله ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما اذا كان للقشر قيمة بان كان في موضع يعز الحطب
ويستعمل قشر الجوز استعمال الحطب فحينئذ اختلف المشايخ فيه منهم من قال
يرجع بحصة اللب ويصح العقد في القشر بحصته لان العقد في القشر صادف محله
ومنهم من قال يرد القشر ويرجع بجميع الثمن لان مالية الجوز قبل الكسر باعتبار اللب دون

القشر

القشر **قوله** واذا كان اللب لا يصلح لم يكن محل البيع صحيحا ولو كان للقشر قيمة بان كان المبيع
وقع باطلا وقال شمس الائمة السرخسي رح وان وجد البعض فاسدا فهو [illegible] البيع
استحسانا لان الكثير من الجوز لا يخلو عن قليل فاسد فهو كالتراب في الحنطة فلو فسد البيع
باعتباره لانسد بابه والقليل ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في
المائة ولو كان الفاسد كثيرا وهو ان يكون في المائة اكثر من ثلاثة لا يصح في الكل ويرجع بكل
الثمن عند ابي حنيفة رح لجمعه في العقد ما له قيمة وبين ما لا قيمة له فصار كالجمع بين حر
وعبد في البيع وعندهما يصح العقد فيما كان صحيحا وهو الاصح وقيل يفسد العقد في الكل
اجماعا لان الثمن لم يفصل **قوله** لانه فسخ من الاصل **فان قيل** ينتقض هذا بمسائل
احدها ان البيع لو كان عقارا لا يبطل حق الشفيع في الشفعة ولو كان الرد بالعيب
بالبينة ولو كان فسخا من الاصل لبطلت الشفعة لبطلان البيع من الاصل والثانية
ان الرجل اذا باع امته الحبلى من رجل وسلمها اليه ثم ان المشتري طعن فيها بعيب وردها
بقضاء القاضي ثم ولدت ولدا ثم ادعاه الولد البائع لا يصح الدعوة ولو كان الرد بالبينة
فسخا للعقدين من كل وجه لصحت الدعوة كما تصح في امته التي لم يبعها ابدا اصلا والثالثة
رجل باع عبدا من انسان ثم احال بالثمن على المشتري غريمه ثم ان المشتري رده بالعيب
بقضاء القاضي لا يبطل الحوالة ولو كان الرد بالبينة فسخا للعقدين من كل وجه من الاصل
لبطلت الحوالة **قلنا** ذكر محمد رح في مواضع ان بالرجوع في الهبة يعود ملك الموهوب
الى قديم ملك الواهب فيما يستقبل لا فيما مضى الا ترى ان من وهب مالا للزكاة وحال
قبل الحول وسلم اليه ثم رجع في هبته بعد الحول فانه لا يجب على الواهب زكوة ما مضى
من الحول ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب في حق زكوة ما مضى من الحول
وكذلك الرجل اذا وهب دارا لاخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم
يكن للواهب ان ياخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب فيما مضى وجعل
كان الدار لم تزل عن ملك الواهب لكان له الاخذ بالشفعة اذا ثبت هذا الاصل يخرج عليه
ما احصينا من المسائل اما مسئلة الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد
ظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذلك مسئلة الثانية لان الام انما تصح دعوته باعتبار
ولاية وقبل الرد لم يكن له ولاية فلا يظهر حق الرد فيه وكذلك مسئلة الثالثة لان الحوالة
كانت ثابتة قبل الرد ولا يظهر حكم الرد فيها لانها سابقة على الرد قال الشيخ الامام المعروف
بخواهر زاده قول القائل الرد بقضاء القاضي فسخ العقد وجعل كانه لم يكن متناقض معنى
لان العقد اذا جعل كان لم يكن لان فسخ العقد بعد العقد لا يكون فاذا انعدم العقد
من الاصل انعدم الفسخ من الاصل عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيكون في هذا الدور

King Saud University
Copyright © King Saud University

ويرد ويناقض من هذا الوجه ولكن يقال هذا الوجه العضد فيجعل كان لم يكن على التفسير الذي
قلنا كذا في الفوائد الظهيرية قوله علامة الاقرار انكر قيام العيب هذا جواب سوال بان
يقال لما انكر البايع الثاني العيب كيف يصح رده على بايعه بالعيب الذي انكره اذ ذلك
مناقضة منه فاجاب عنه بانه ارتفعت مناقضته لما كذبه الشارع في انكاره وفيه
خلاف محمد رح قوله ومعنى القضاء بالاقرار انما احتاج الى هذا التاويل لانه اذا لم ينكر
اقراره بعد الاقرار بالعيب فاذا رد عليه باقراره بدون القضاء لم يكن له ان يرده على
بايعه قوله وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه باقراره بعيب بالبينة اي المشتري
اذا باع ثم رد عليه بعيب بالبينة بخلاف الوكيل بالبيع ثم اذا رد عليه بالبينة حيث يكون ثم اذا باع ح
ردا على الموكل ولا يكون الرد على المشتري ردا على بايعه وان كان الرد بقضاء القاضي
ثم تفرق الحال بين الوكيل والمشتري اذا رد عليهما باقرارهما بعيب حيث يلزمهما قوله
لان البيع هناك اي واحد لانه في فصل الوكيل البيع واحد فانفسخ الفسخ في حق الموكل
والموجود ههنا بيعان فنفسخ الثاني لا يفسخ الاول قوله والاول ثالثهما اي البايع الاول
قوله وهذا يبين ذلك لانه لما لم يتمكن من الرد في العيب الذي لا يحدث مثله كالاصبع
الزايدة مثلا مع انا تيقنا ان ذلك العيب كان موجودا في يد البايع الاول كان اولى ان
لا يتمكن من الرد في العيب الذي يحدث مثله لانه يحتمل انه حدث عند المشتري لا عند
البايع ووجه هذه الرواية اي رواية جامع الصغير ان الرد بغير قضاء القاضي اقالة
بعقد التراضي فيكون بمنزلة بيع جديد في حق غيرهما وهو البايع الاول فلا يعود اليه
الملك المستفاد من جهة الاول لحاجته قوله ثم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البايع
او يقيم المشتري بينة وذكر في الفوائد الظهيرية بعدما ذكر لفظ رواية جامع الصغير
كما ذكر في الكتاب فقال وفي هذا التركيب نظر لانه جعل احدهما غاية لنفي الاجبار
على الاداء ونفي الاجبار على الاداء لا ينتهي باقامة البينة بل يستمر ثم قال وامكن تصحيحه
بتقدير الخبر المذكور ثانيا ومعناه او يقيم المشتري البينة فيستمر عدم الاجبار قوله
حيث انكر تعين حقه وهو التسليم فان قيل ما ادعاه المشتري من العيب موهوم
فلا يجابه عن المحقق وهو وجوب تسليم الثمن قلنا فيه صيانة القضاء عن النقض
قوله لانه على حجته لانه لو حضر شهوده كان له سبيل من اقامة البينة ورد المبيع على
البايع واسترداد الثمن قوله لانه حجة فيه اي لان النكول حجة في ثبوت العيب وهذا
احتراز عن النكول في الحدود والقصاص فانه لا احكام وعن النكول في الاشياء التي لا تعد
لضعفه قوله ومن اشترى عبدا فادعى اباقا اي جاء المشتري بالعبد الى البايع وقال
ابق ثبت آبقا وانما وضع المسئلة في الاباق لان العيب اذا كان ظاهرا وهو مما لا يحدث مثله

كلامهم

كالاصبع الزايدة او الناقصة فان القاضي يقضي بالرد من غير تحليف اذا طلب المشتري لانا
تيقنا بوجوده عند البايع او باطنا لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال يرجع الى
قول الاطباء في حق سماع الدعوى فتوجه الخصومة او عيبا يطلع عليه النساء كالقرن والرتق
يرجع الى قول النساء في حق توجه الخصومة فلا يثبت في هذه المواضع تحليف البايع على
قيام العيب في يد المشتري في الحال والاحتياج المشتري الى اقامة البينة على قيامه في الحال
انما يثبت بالبينة ما لا يعرف الا بالتجربة كالاباق والسرقة والبول في الفراش والجنون قوله
حتى يقيم المشتري البينة انه ابق عنده اي عند المشتري قوله والمراد التحليف على انه لم يابق
عنده اي عند البايع فان قيل اي فرق بين هذا وبين الدين فان من ادعى على آخر دينا
وانكر المدعى عليه قيام الدين فان القاضي يامر المدعى بالجواب فان لم يثبت قيام الدين في الحال فرق
وكما ان السلامة من العيب اصل والعيب عارض فكذا ان سلامة الذمة عن الدين اصل والشغل شغل
عارض قلنا الفرق بينهما هو ان قيام الدين في الحال لو كان شرطا لاستماع الخصومة لم يتوصل
المدعي الى احياء حقه لانه ربما لا يكون له بينة اصلا او كانت له بينة لكنه لا يقدر على اقامتها
اما لموتهم او لغيبتهم واما في دعوى العيب لو شرطنا قيام العيب في الحال لاستماع الخصومة
يتوسل المشتري الى احياء حقه لان العيب اذا كان مما يتعاين امكن اثباته بالعرف عن
آثاره وان لم يعرف بالآثار امكن التعرف عنه بالرجوع الى الاطباء والعوامل كذا في
الفوائد الظهيرية قوله والاولى ان يحلف بالله وهو قوله بالله لقد باعه وما به هذا العيب
الثاني وهو قوله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب يوهم تعلقه بالشرطين فلانه يحتمل
الحنث بقيام العيب في الحالين فاذا كان وقت التسليم ولم يكن وقت البيع لا يحنث فيدفع
الرد بهذا التاويل فيتضرر به المشتري والاصح ان البايع لا يبر في يمينه الا اذا لم يكن العيب
موجودا في البيع والتسليم اصلا لانه يحتمل العيب عند البيع والتسليم فيحنث فلم يكن
نصا في احدهما وفي قوله يوهم اشارة الى ان تاويل البايع ذلك في يمينه هذه ليس بصحيح
وانه يحلف البايع على البتات والتحليف على فعل الغير وهو سرقة العبد او اباقه وفي
مثل ذلك التحليف على العلم لانه استحلاف على فعل نفسه وهو تسليم المعقود عليه
سليما كما التزمه ولان التحليف على فعل الغير انما يكون على العلم اذا ادعى الذي يحلف انه
لا علم له بذلك اما اذا ادعى ان له علما بذلك فيحلف على البتات الا ترى ان المودع اذا
قال قبض المودع الوديعة فالقول قول المودع ويحلف على البتات لانه ادعى العلم بذلك
وان كان القبض فعل المودع وكالوكيل ببيع العبد اذا قال قبض المودع الوديعة فالقول
قول المودع وكالوكيل ببيع الوكيل ثمن عبد بعينه بحكم الوكالة فانه يحلف على البتات اذا ادعى
العلم وان القبض فعل الغير قال القاضي الامام ظهير الدين هذا لا يقوى لمسئلتين احدهما

Copyright © King Saud University

باع رجلان عبدا من آخر صفقة واحدة ثم مات احدهما وورثه البايع الآخر ثم ادعى المبتاع
عيبا فانه يحلف في نصيبه بالجزم وفي نصيب مورثه بالعلم عند محمد رح ولا يدعي العلم بانتفاء
العيب في ثمن البيع وكذلك المتفاوضان اذا باعا عبدا وغاب احدهما ثم ادعى المشتري عيبا
يحلف الحاضر في نصيبه نفسه على الجزم وفي الغير على العلم وان ادعى البايع علما بذلك **قوله**
وان الحلف يترتب على دعوى صحيحة والفرق لابي حنيفة رح بين البينة والتحليف في ان
العاجز عن اثبات العيب خصم في حق البينة دون التحليف لان التحليف شرع لقطع الخصومة
فكان مقتضيا سابقة الخصومة ولكن لا يكون المشتري خصما للبايع هنا الا بعد اثبات
قيام العيب في المشتري ولم يثبت ذلك فلا يكون خصما فلا يشرع التحليف لانتفاء حكمه
وهو قطع الخصومة واما البينة لاثبات كونه خصما الا ترى ان الرجل يقيم البينة على انه
وارث فلان او وكيل فلان وانه يعمل **قوله** على الوجه الذي قدمناه اي على الثبات **قوله**
كما في الغصب يعني اذا انكر الغاصب الزيادة يكون القول قوله وكذا اذا اتفقا على مقدار
البيع واختلفا في المقبوض اي في مقدار المقبوض بان كان المبيع جاريتين ثم اختلفا
فقال البايع للمشتري قبضتهما وقال المشتري ما قبضت الا احدهما **قوله** لما بينا اشارة
الى قوله قبيله ان الاختلاف في مقدار المقبوض **قوله** لان الصفقة تتم بقبضهما فيكون
تفريقهما قبل التمام وقد ذكرناه اشارة الى قوله قبيل باب خيار العيب ان الصفقة تتم مع
خيار العيب بعد القبض وان كان لا تتم قبله **قوله** وهذا لان القبض له شبه بالعقد وجهان
احدهما ان القبض يثبت ملك التصرف والعقد كان العقد يثبت ملك الرقبة والغرض
من ملك الرقبة ملك التصرف والثاني ان القبض مؤكد لما افاده العقد والتأكيد
شبه بالايجاب الا ترى ان الشهود بالطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر
لانه كان على شرف السقوط بتمكينها ابن الزوج فالشهود اكدوا النصف المهر فصاروا
كانهم اوجبوا نصف المهر على الزوج **قوله** وعن ابي يوسف رح انه يرده خاصة كانه جعل
غير المعيب تبعا للمعيب حتى جعلهما مقبوضين **قوله** وصار كحبس المبيع لما تعلق زواله
حبس المبيع باستيفاء الثمن لا يزول الا بقبض الكل فكذلك تمام الصفقة لما تعلق بقبض
المبيع وهو اسم الكل فتمام القبض الكل لا تتم الصفقة على ان الصفقة ان تناهت فيما
قبض لم يتناه فيما لم يقبض فكذا التفريق فيما بين الحوانيت وعدمه فلم يجز بالشك **قوله** ولو
قبضهما ووجد باحدهما عيبا يرده خاصة قيل هذا في شيئين يمكن افراد احدهما بالانتفاع
كالعبدين اما اذا لم يمكن كزوجي الخف ومصراعي الباب فانه يردهما او يمسكهما
قال مشايخنا اذا اشترى زوجي ثور فقبضهما فوجد باحدهما عيبا وقد الف احدهما
بالآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب خاصة **قوله** على ما مر اشارة الى ما

ذكر

ذكر في خيار الرؤية بقوله ان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وما ذكره
هنا مخطوط بخلاف خيار العيب بعد القبض لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد القبض
وان كانت لا تتم قبله **قوله** وهذا لو استحق احدهما اي ولان الاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة
لو استحق احدهما بعد قبضهما ليس له ان يرد الآخر بل يلزم العقد على المشتري في الآخر
لو استحق احدهما قبل القبض له ان يرد الآخر لتفرق الصفقة قبل التمام وهذا يستدل
على ان تفريق الصفقة بعد القبض جائز وان كان لا يجوز قبل القبض بحصول الاستحقاق
فيجب ان يكون في خيار العيب كذلك وهو انه يجوز بعد القبض لا قبله بخلاف خيار الرؤية
والشرط لان الصفقة لا تتم معه بالقبض لان تمامها يتعلق بتمام الرضاء ولم يوجد
تفرد البايع من قبل تسليمه فلا يعتبر في حق المشتري وذكر في المختلف اذا اشترى
عبدين ووجد باحدهما عيبا قبل القبض يرده بحصته من الثمن عنده وعندهما كما لو وجد
به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة وكذا قبل القبض فهذا يخالف ما ذكره هنا **قوله**
لان المكيل اذا كان من جنس واحد كشيء واحد لان المالية والتقوم في المكيلات
والموزونات باعتبار الاجتماع فالحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يصح بيعها فـ
اذا كانت المالية والقابلية للبيع بالاجتماع صار الكل في حق البيع كشيء واحد ولهذا
يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه **فان قيل** لو كان المكيل والموزون كشيء واحد
كالثوب والعبد لما كان له حق الرد فيما اذا استحق بعضه بعد القبض **قلنا**
في استحقاق البعض بعد القبض عند ابي حنيفة رح روايتان والفرق على احديهما ان
استحقاق البعض لا يوجب عيبا في الباقي بخلاف ما لو وجد بالبعض عيبا حيث يرده
لان تميز المعيب من غير المعيب وجب زيادة عيب ولا فرق بينهما اذا كان الكل في
وعاء واحد او في وعائين عند البعض وقيل هذا اذا كان الكل في وعائين فهو كعبدين
حتى يرد الوعاء المعيب دون الآخر حكي عن الفقيه ابي جعفر رح انه قال ما ذكر من
الجواب محمول على ما اذا كان الكل في وعاء واحد اما اذا كان في اوعية مختلفة ثم
فوجد في وعاء واحد عيبا يرد ذلك وحده بمنزلة الثوبين وكان يفتي به ويزعم
انه رواية عن اصحابنا وقالوا لا فرق بينهما اذا كان في وعاء واحد او في اوعية ليس له
ان يرد البعض بالعيب اطلاق محمد رح في الكتاب بين لعله ومن كان يقول شمس
الائمة السرخسي رح **قوله** والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة هذا جواب
اشكال وهو ان يقال ينبغي ان يكون له الخيار في رد ما بقي كيلا يلزم تفريق الصفقة
قبل التمام فاجاب وقال لا نسلم اذ لو لزم ذلك للزم باعتبار الاستحقاق فانه لا
يمنع تمام الصفقة الى آخر ما ذكر في الكتاب **قوله** وقد كان وقت البيع حيث ظهر

King Saud University
Copyright © King Saud University

الاستحقاق الى ان عيب الشركة في ذلك النوع لم يحدث في يد المشتري بل كان في يد البائع حين ظهر الاستحقاق فلهذا كان للمشتري ان يرده قوله لان ذلك دليل قصد الاستبقاء اي وملكه لان المداواة لازالة العيب مع قيام العيب لا يمنع الرد بل هو شرط التمكن من الرد فكانت المداواة دليل الامساك فدليل الرضا بالعيب قوله لان الخيار هناك للاختبار يعني ان خيار الشرط لما شرع للاختبار والركوب مرة يحتاج اليه لذلك ولا يحصل اختبار الملك لغاية فابقى خيار الشرط اما خيار العيب لما شرع ليصل الى راس ماله عند عجزه عن الوصول الى الجزء الفائت فيندفع الضرر ولم يكن هذا التصرف في خيار العيب محتاجا اليه واستيفاء له لجعل تصرف الملك فجعل دليل الرضا قوله وان ركبها ليردها ذكر الامام التمرتاشي ره وان ركبها ليردها على البائع فليس برضا سواء كان منه بد او لا وان ركبها ليسقيها فان كان منه بد فهو رضا وان لم يكن منه بد لصعوبتها بان كان جموحا او يعجزه عن المشي فليس برضا ولو اختلفا فقال البائع ركبتها لحاجتك وقال المشتري لا بل لاردها عليك فالقول قول المشتري وفي الكافي وقيل تاويله اذا لم يمكنه الرد والسقي واشتراء العلف الا بالركوب قوله فلانه سبب لرد فيكون مقتضيا اليه ومقررا له ولكذلك الركوب للسقي واشتراء العلف قوله ومن اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم به اي لا وقت الشراء ولا وقت القبض فقطع عند المشتري له ان يرده ويأخذ الثمن عند ابي حنيفة ره وفي الجامع الصغير للامام التمرتاشي ره يرجع بنصف الثمن عند ابي حنيفة ره وهكذا ذكر في بعض المواضع من المبسوط والتوفيق بينهما هو ما ذكر في المبسوط ان قطع اليد كان مستحقا عليه بسبب كان عند البائع واليد من الادمي نصفه فينتقض بقبض المشتري في النصف فيكون للمشتري الخيار ان شاء رجع بنصف الثمن وامسك وان شاء رده ما بقي ورجع بجميع الثمن على البائع كما لو قطعت يده عند البائع قوله وهذا على الخلاف فيما اذا قتل بسبب وجد في يد البائع نحو القتل العمد والردة قوله وانه لا يثبت المالية ولهذا يجوز بيعه وينتقل بالقبض الى ضمان المشتري حتى لو مات قبل القطع والقتل كان الثمن على المشتري قوله عند تعذر رده اما تعذر الرد في القتل فظاهر واما في القطع فانه وجد في يد المشتري وهو عيب حادث فلا يرده الا برضا البائع قوله مضافا الى السبب السابق وهذا لان السبب الموجود عند البائع اوجب استحقاق القتل والاستحقاق اوجب تفويته ووجوده اوجب فوته مضافا ذلك مضافا اليه بهذه الوسائط كما في شهود القريب الدليل على ان نسبة التلف الى سبب الاستحقاق واحدة وان المحل حكم الاستحقاق بمعنى كما لو القاه لو حصل سبب استحقاق التلف في المغصوب ضمانه الغاصب فرده على المالك ثم تلف وقطع بناء على ذلك السبب يرجع المالك بكل القيمة على الغاصب قوله وما ذكر من المسئلة مفرعة اي مسئلة الحامل مفرعة اي على هذا الخلاف ولكن

سلم فقد ذكر في المبسوط واما الحاصل ههنا السبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الام بل الغالب عند الولادة السلامة وهو نظير الزاني اذا جلد ولا يلزم على ابي حنيفة ره الجارية المغصوبة اذا حبلت ثم ردها الغاصب لان الواجب على الغاصب فسخ فعله وهو ان يرد المغصوب كما غصب ولم يوجد ذلك حين ردها حاملا وههنا الواجب على البائع تسليم المبيع كما اوجبه العقد وقد وجد ذلك ثم ان تلف بسبب كان الهلاك به مستحقا عند البائع ينتقض قبض المشتري فيه وان لم يكن مستحقا لا ينتقض قبضه فيه ولا يلزم على هذا ما اذا اشترى جارية محمومة فماتت في يد المشتري من تلك الحمى لانها لا تموت بمجرد الحمى بل بزيادة ترادف الالام ولم يكن عند البائع وكذا الاشتراء اذا افتضها مولاها وهي بكر ثم باعها ثم افتضها الزوج في يد المشتري حيث يرجع بنقصان البكارة لان البكارة لا تستحق بالبيع بل بالشرط بدليل ان من اشترى جارية فوجدها ثيبا لا يتمكن من الرد وكلامنا فيما يستحق بالبيع لا بالشرط وكذا لو زنى في العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه لا يرجع على البائع بالثمن لان المستحق بذلك السبب الضرب المولم وهو ليس بالمعنى عارض وهو جلاد ضرب الجلاد او ضعف المجلود فلم يكن مضافا الى ذلك السبب قوله وعندهما يرجع الاجر على بائعه لانه لم يصر حابسا المبيع حيث لم يبعه ولا يرجع بائعه على بائعه لانه صار بالبيع حابسا المبيع قوله في الكتاب اي في الجامع الصغير في الصحيح وفي رواية عنه انه لا يرجع لان حل الدم من وجه كالاستحقاق ومن وجه كالعيب حتى لا يمنع صحة البيع فللشبه بالاستحقاق عند الجهل به يرجع بكل الثمن وللشبه بالعيب لا يرجع عند العلم بشيء عملا بهما وان اعتق المشتري فقطعت يده او قتل فعندهما يرجع بنقصان العيب كما في سائر العيوب وعند ابي حنيفة ره لا يرجع لان القتل والقطع لم يتضمنا تفويت المالية ههنا لانعدام المالية يوم القطع والقتل قوله وقال محمد ره لا يدخل فيه الحادث واجمعوا ان البيع لو كان بشرط البراءة من كل عيب به انه لا يبرأ عن الحادث لانه لما قال به انصرف على الموجود كذا في شرح الطحاوي قوله ولابي يوسف ره ان الغرض الزام العقد فان قيل الرواية منصوصة في شرح الطحاوي وفي المبسوط انه لو باع بشرط البراءة من كل عيب وما يحدث عنده فالبيع فاسد بالاجماع والحكم الذي يفسد تخصيص كيف يدخل في مطلق البراءة عنده قلنا ذكر في الذخيرة انه اذا باع بشرط البراءة من كل عيب يحدث بعد البيع قبل القبض يصح عند ابي يوسف ره خلافا لمحمد ره وذكر في المبسوط في موضع آخر ولا رواية عن ابي يوسف رح فيما اذا نص على البراءة من كل العيب الحادث ثم قال ويحتمل ان يصح عندنا باعتبار انه يقيم السبب وهو العقد مقام العيب الموجب للرد في صحة الاسقاط ولئن سلمنا فنقول

Copyright © King Saud University

هيا ظاهر بنفطه بنا على العيب الموجود ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض فعلى ان ذلك يرجع
الى تقليل مقصودهما وقد يدخل في التصرف فيها ما لا يجوز ان يكون مقصودا بذلك التصرف كالكرم
في بيع الارض والمنقولات في وقف القرية وذكر في شرح الطحاوي ولو وجد المشتري في المبيع عيبا
فجاء يرده فقال بعتك بشرط البراءة من كل عيب فاختلفا فقال البائع كان هذا العيب
موجودا ودخل في البراءة وقال المشتري هو حادث فلم يدخل في البراءة فعلى قول ابي يوسف رحمه الله
لا فائدة لهذا الاختلاف لانه برئ عنهما جميعا وعند محمد رحمه الله القول قول البائع مع يمينه على
العلم انه حادث فلم يدخل لان بطلان حق المشتري في الفسخ ظاهر بشرط البراءة وثبوت
حق الفسخ له بحدوث العيب باطن واذا ادعى المشتري باطنا ليبطل به ظاهرا لم يصدق

باب البيع الفاسد واذا كان احد العوضين او كلاهما محرما فالبيع فاسد الفاسد
اعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس **قوله** هذه فصول جمعها اي القدوري **قوله**
فنقول البيع بالميتة والدم باطل انما ذكر بهذا اللفظ ولم يقل بيع الميتة والدم ليثبت حكم
البطلان في بيع الميتة بالطريق الاولى وذلك لان الباء تدخل في الاتباع والوسائل
ولهذا يقال كتبت بالقلم والاثمان اتباع الا ترى ان البيع يجوز وان لم يكن الثمن موجودا
ولا يجوز البيع عند عدم المبيع الا في موضع خاص وهو السلم ولما بطل البيع عند جعل
الميتة والدم ثمنا لان يبطل بجعلهما مبيعا اولى وهذا لان اللفظ يجري على عمومه فيها اذا
اريد بالميتة الحيوان الذي مات حتف انفه واما اذا اريد بها المنخنقة والموقوذة فليس
يجري على عمومه فان بيع المنخنقة والموقوذة جائز عند اهل الكفر وان كانت ميتة عند
المسلمين وفي التجنيس اهل الكفر اذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز لانها ليست بمال عندهم و
لو باعوا الذبيحة وذبحهم ان يخنقوا الشاة او يضربوها حتى تموت جاز لانها عندهم بمنزلة
الذبيحة عندنا الا ترى ان المجوسي لو ذبح وباع فيما بينهم يجوز وان كان هذا ميتة **قوله**
عند اهل دين سماوي وهذا لان صفة المالية للشيء بتمول كل الناس او بتمول البعض
اياه والقيمة انما تثبت باباحة الانتفاع به شرعا وقد ثبت صفة التقوم بدون صفة
المالية فان حبة من الحنطة ليست بمال حتى لا يصح بيعها وان ابيح الانتفاع بها شرعا لعدم
تمول الناس اياه **قوله** فانه مال عند البعض اي الخنزير مال عند البعض والخمر مال مطلقا
واراد ان كل واحد منهما مال متقوم عند البعض اي عند اهل الذمة **قوله** ولو هلك المبيع
في يد المشتري فيه اي في البيع الباطل يكون امانة عند بعض المشايخ منهم الشيخ الامام احمد
الطواويسي وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله وعند البعض يكون مضمونا ومنهم
الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله والفاسد يفيد الملك عند اتصال القبض به اذا كان
القبض باذن المالك فيه اتفاق الروايات على ان المشتري يملكه واما اذا قبضه بعد الافتراق

عن المجلس

عن المجلس بغير اذن البائع هل يملكه ذكر في الماذون انه لا يملكه قالوا ذلك محمول على ما اذا كان الثمن شيئا
لا يملكه البائع بالقبض كالخمر والخنزير اما اذا كان الثمن شيئا يملكه البائع فبقبض الثمن منه يكون
اذنا له بالقبض كذا ذكره الامام قاضيخان رحمه الله في الجامع الصغير وعند مشايخ بلخ الفاسد يفيد ملك
التصرف لا ملك العين ولهذا لا يجوز للمشتري ان يطأ جارية اشتراها شراء فاسدا ولا شفعة
في الدار المشتراة به ولا يحل اكل طعام اشتراه به واما مشايخ بخارا فقالوا ان جواز التصرف مبني
على ملك العين وهو الاصح بدليل ان من اشترى دارا شراء فاسدا وقبضها فبيع
بجنبها دار فللمشتري ان يأخذ تلك الدار بالشفعة لنفسه وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا
وقبضها ثم ردها على البائع وجب على البائع الاستبراء ولو باع الاب والوصي عبد يتيم بيعا
فاسدا وقبضه المشتري واعتقه جاز عتقه ولو كان عتقه على مجرد التسليط لما جاز لان
عتقهما او تسليطهما على العتق لا يجوز فعلم بهذه الاحكام انه يملك العين وانما لا يحل وطي
الجارية المشتراة شراء فاسدا لان في الاشتغال بالوطي اعراضها عن الرد قال الامام الحلواني رحمه الله
يكره الوطي ولا يحرم كذا في التتمة ولم يثبت الشفعة لان في قضاء القاضي بالشفعة تأكيد
الفساد وتقريره ولا يحل الاكل لما فيه من الاعراض عن الرد **قوله** ان كان قوبل بالدين كا
لدراهم والدنانير فسر الدين بهما لانهما اثمان ابدا لانهما خلقا في الاصل ثمن الاشياء قيمتها
قال الله تعالى وشروه بثمن بخس دراهم معدودة فسر الثمن بالدراهم وقال الفراء الثمن ما يكون
في الذمة والدراهم والدنانير لا تتعينان على اصلنا في عقود المعاوضات وانما يستحق الحد
مثلها ثبتا في الذمة فجعلوا الدراهم والدنانير اثمانا لهذا والاعيان التي ليست من ذوات
الامثال كغير المكيلات والموزونات مبيعة ابدا والمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة
هي مبيعة بثمن فان قابلها الدراهم والدنانير فهي مبيعة وان كان في مقابلتها اعيان فان كانت
المكيلات والموزونات معينة فهي مبيعة وثمن لان البيع لا بد له من مبيع وثمن وليس احدهما
بان يجعل مبيعا باولى من الاخر لان المكيل والموزون يتعينان في البياعات كالعروض فجعلنا
كل واحد منهما مبيعا من وجه ثمنا من وجه وان كانت المكيلات والموزونات غير معينة فان صحبت
استعمال الاثمان فهو ثمن نحو ان يقول اشتريت هذا العبد بكذا حنطة ويصف ذلك وان
استعملت استعمال المبيع كان مبيعا بان قال اشتريت منك كذا حنطة بهذا العبد فلا يصح
العقد الا بطريق السلم **قوله** فسقط التقوم اصلا اي لم يظهر حكم التقوم في نفسه و
لا فيما يقابله من الدراهم والدنانير لان الثمن يثبت في الذمة بالعقد وثبوته في الذمة انما
يكون حكما للعقد بمقابلة تملك مال اخر فاذا لم توجد تلك لا يجب في الذمة فلا يثبت
فيه الملك لاستحالة ثبوت الملك في المعدوم فيبطل العقد منعقدا في حق العين ولو
يصح لتسمية الخمر في نفسه فيكون العقد واقعا بقيمة العين لانه لا يملكه مجانا بل بعوض

Copyright © King Saud University

وقد تعذر ههنا اعتبار ذلك العوض اذ لا قيمة لذلك العوض فيصار الى قيمة هذا العوض ضرورة
والعقد الصحيح يقع مضمونا بالقيمة وكذلك المشتري بحق العقد حتى اذا اشترى شيئا وهو
عنده مضمون بالقيمة لم يحتج الى قبض جديد للمشتري حتى يكون الهلاك عليه ويتم العقد
الا انه ضمان القيمة لا يظهر لقيام المشروط بينهما بتراضيهما وهو الثمن مقام ذلك ولهذا
نقول المقبوض بسوم الشراء مضمون بالقيمة لان الثمن بعد لم يثبت فلم يسقط الضمان
الاصلي وههنا بالفساد لم يجب الثمن بنفس الشرط فلم يسقط الضمان الاصلي فوجبت القيمة
ثم العقد بالقبض ووقع الملك بالضمان الذي هو حكم العقد حتى انعقد البيع ولم يكن عوض
وكذا اذا باع الخمر بالثوب لا يكون البيع فاسدا لا باطلا وان كان فيه شبهة كون الخمر مبيعا
لدخول الباء في الثوب ولكن قد ذكرنا ان المكيلات والموزونات اذا كانت معينة فهي مبيعة
وثمن والكلام فيما اذا كان الثوب والخمر معينين فلما كان في الخمر جهة الثمنية رجحنا جانب
الفساد على جانب البطلان صونا لتصرف العاقدين المسلمين عن الالغاء والبطلان
بقدر الامكان **قوله** لكونه مقايضة المقايضة هي بيع العرض بالعرض سمي بها لتساوي
العوضين في العينية يقال هما قيضان اي متساويان **قوله** لان استحقاق العتق قد
ثبت لام الولد وتفسير حق العتق هو استحقاق انه يدخل عليه الابطال كذا في الجامع الصغير
لفخر الاسلام رحمه الله **قوله** لازمة في حق المولى حتى لا يملك المولى فسخ الكتابة اما لا يكون
لازما من جهة المكاتب حتى يملك ان يعجز نفسه **قوله** حتى يملك ما ينضم اليهما كما اذا جمع بين
قن ومدبر صح البيع في القن ثم يدخل في البيع لما انعقد على القن كما لو جمع بين حر وقن
قوله وليس حقهما في البيع في حق انفسهما لانهما ليس بمحل البيع فلا يعتد بحقهما في البيع
في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت الحكم في المضموم اليه **فان قيل** ينبغي ان يكون في ضم الحر الى
العبد هكذا **قلنا** الحر ليس بمال فلا يمكن دخوله في البيع اما المدبر وام الولد فمال وانما
امتنع البيع لتضمنه بطلان حق الحرية **قوله** فصار كمال المشتري كما لو اشترى من غيره
عبد نفسه وعبد البائع صفقة واحدة فان عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في
حق الآخر وهذا لانهما مال حقيقة ومحل من وجه بدخله تحت البيع في حق انعقاد
العقد وان الحكم عماد بالدليلين بخلاف الحر لانه ليس بمال بوجه **قوله** ولا بيع الحمل
الحمل والنتاج الحمل ما في البطن والنتاج ما يحمل هذا الحمل وهو المراد من اصل الحبلة في
الحديث وقد كانوا يعتادون ذلك في الجاهلية فابطل ذلك بالنهي ولان فيه غرر وقد
نهى النبي عليه السلام عن بيع فيه غرر وهو ما انطوى عنك علمه وخفي عليك عاقبته
قوله ولانه من اوصاف الحيوان الصرف بقل الجزار وصف الحيوان لان ما يكون متصلا
بالحيوان هو وصف محض بخلاف ما يكون متصلا بالشجر فهو عين مال مقصود من وجه

يجوز

فيجوز بيعه لذلك **قوله** ولانه ينبت من اسفل الغنم للنماء وذلك يتبين فيما اذا خضب الصوف
على ظهر الشاة ثم تركها اياما فالمخضوب يبقى على راسه لا على اصله بخلاف القوائم لانها
تزيد من اعلاها حتى لو ربطت خيطا اعلاها وتركت اياما يبقى الخيط اسفل مما في
راسها الآن فالزيادة على ملك المشتري **قوله** وفي هذا الصوف لان الصوف على ظهر الغنم **قوله**
لانه لا يمكن تسليمه الا بضرر فلا يقال بانه رضي بهذا الضرر حيث التزمه لان التزامه بدون
العقد غير معتبر والعقد لم يوجب عليه ضررا وفي الفوائد العقد مشروع والضرر غير
مشروع فالعقد الذي فيه ضرر لا يكون مشروعا فلا يلزم المحاماة لانه ليس فيه تفويت
باستهلاك المال ولا بيع الخشبات في البناء اذ لم اخرجها الا بقلع البناء لانه ممنوع على
ما اختاره البعض وبعد التسليم البيع ههنا يتعيب البناء دون الخشبات وفيما اذا اشترى
نخلا او شجرا على ان يقطعه المشتري او شجرها على الله بحصته قالوا يجب ان يجوز لانه امكن
تسليمه من غير ان يتصل بالارض وفي هذا التعليل اشارة الى ان التعويل على ضرر يلزم
في غير المبيع وشراء الشجر بشرط القلع لا يجوز عند البعض لانه لا يمكن القلع الا بحفر الارض
وعند البعض يجوز للتعامل كبيع الكراث يجوز للتعامل وان كان القياس يابى جوازه لانه ينمو
من اسفله فيختلط المبيع بغيره ولا تعامل في الصوف على ظهر الغنم فبقي على اصل القياس والمراد
من قوله وقد رابع موضع ما اذا كان ثوبا يضره القطع نحو القميص والعمامة **قوله** اما الجذع فعين
موجود **فان قيل** لو باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح لا يجوز ولو ذبح الشاة وسلخ جلدها
وسلمه لا ينقلب البيع الى الجواز وان كان الجلد عينا موجودا وكذلك لو باع كرشها واكارعها ثم
ذبح وسلم **قلنا** الجلد وان كان عينا موجودا لكنه متصل بغير المبيع اتصال خلقة وكان
تابعا له فكان العجز عن التسليم هناك معنى اصليا بخلاف الجذع فانه عين مال في نفسه
وانما ثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض من فعل العباد الا انه عجز عاجلا عن التسليم حكما
لما فيه من افساد بناء غير مستحق بالعقد فاذا قلع والتزم الضرر زال المانع فيجوز **قوله**
ضربة القانص على الطائر الذي القاها عليه وصنه نهي عن ضربة القانص وهو الغواص على اللؤلؤ
وذلك ان يقول للتاجر اغوص لك غوصة فما اخرجته فهو لك بكذا **قوله** ولانه غرر
لانه يحتمل ان لا يحصل في الشبكة شيء من الصيد الذنب الدفع وباقترابه دون ترتيب حالها
وهنه المتاعب الاتي الذي يعلق كثيرا على الاسناد الجادي واشترى سهو وتدنيه العذق دونها
قوله والمزابنة بيع التمر في رؤس النخل بالتمر كيلا من الذنب بعضها نوعي الى النزاع و
الدفاع **قوله** يجوز فيما دون خمسة اوسق ولا يجوز فيما زاد على خمسة اوسق وله
في مقدار خمسة اوسق روايتان **قوله** قلنا العرية العطية قال عليه السلام خففوا
في الخرص فان في المال العرية والوصية والمخروص لا يستحق التخفيف بسبب البيع بل بسبب

العطاء فتفسير العرية ان يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه لرجل ثم يشق على المعري دخول المعرى له
في بستانه كل يوم لكون اهله في البستان ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة
فيعطيه مكان ذلك تمرا مجذوذا بالخرص ليدفع ضررا عن نفسه ولا يكون مخلفا للوعد وهو
هذا عندنا جائز لان الموهوب له لم يصر مالكا للموهوب ما دام متصلا بملك الواهب فما
يعطيه من التمر لا يكون عوضا عنه بل يكون هبة مبتدأة وانما سمي ذلك بيعا مجازا لانه
في الصورة عوض يعطيه للتحرز من خلف الوعد واتفق ان ذلك كان فيما دون خمسة اوسق
فظن الراوي ان الرخصة مقصورة على هذا فنقل كما وقع عنده **قوله** وقد نهى النبي
صلى الله عليه وسلم عن بيع الملامسة والمنابذة الحديث لم يذكر بيع القاء الحجر وكذا انحى
بيع الملامسة والمنابذة بطريق الدلالة وهو ان يتساوما فان اخذ المشتري الزام
البيع لمسها بيده او وضع الحجر ويكون مشتريا بها رضي مالكها او لم يرض وان احب مالكها الزام
البيع نبذها اليه فيلزمه البيع وليس له الرد بعد ذلك وذكر في المنتقى قال ابو حنيفة رح الملامسة
ان يقول ابيعك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك وجب البيع او يقول المشتري كذلك والقاء الحجر
ان يقول المشتري او البائع اذا القيت الحجر وجب البيع الكلأ واحد الاكلاء **قوله** وهو كل
ما رعته الدواب من الرطب واليابس كذا في المغرب انما قال والمراد الكلأ لان لفظ
المراعي يقع على موضع الرعي وهو الارض فيجوز بيعها فلا يصح ان يراد وانما المراد بها ما
يحويه المراعي من الكلأ واطلاقا لاسم المحل على الحال **قوله** بالحديث وهو قوله صلى الله
عليه وسلم الناس شركاء في ثلاث الماء والكلأ والنار والمراد بالماء الذي في الانهار
والابار اما اذا اخذه وجعله في وعاء فقد احرزه فيجوز بيعه وبالكلأ ما نبت في ارض غير
مملوكة وما نبت في ارض مملوكة بغير انبات رب الارض لان رب الارض لا يكون محرزا لما في
ارضه واما اذا انبت رب الارض بالسقي والتربية في ارضه اختلف الروايات فيه فانه ذكر
في الذخيرة والمحيط لو باع حشيشا في ارضه ان كان صاحب الارض هو الذي انبته بان
سقاها للحشيش نبت بتكلفه جاز لانه ملكه الا ترى انه ليس لاحد ان يأخذه بغير
اذنه وان نبت بنفسه لا يجوز لانه ليس بمملوك له بل هو مباح الاصل الا ترى ان لكل
واحد ان يأخذه وفي العيون لا يجوز بيع الكلأ في ارضه ولو ساق الماء الى ارضه ولحقه
مؤنة حتى خرج الكلأ لم يجز بيعه لان الشركة في الكلأ ثابتة بالنص وانما ينقطع الشركة
بالحيازة وسوق الماء الى ارضه ليس بحيازة للكلأ فبقي الكلأ على الشركة فلا يجوز
وذكر الامام التمرتاشي رح وفي الاسبيجابي عن المتأخرين اذا انبت الكلأ بسقي الارض
وقيام على ذلك ملكه وجاز بيعه قبل الاحتشاش ولو احتشه انسان بلا اذنه كان
للشراء الاسترداد وهو مختار الشهيد وان نبت الحشيش في ارض مملوكة ومن مملوك

لصاحب الارض وان نبت لا بانباته وذكر الامام الحلواني رح عن محمد رح الكلأ ما ليس له ساق
وما له ساق قام على الساق فليس بكلأ مثل الحاج وكان الفضلي يقول هو كلأ ومعنى اثبات
الشركة في النار الانتفاع بضوءها والاصطلاء بها وتجفيف الثياب بها اما اذا اراد ان
يأخذ الجمر فليس له ذلك الا باذن صاحبها وذكر في الفوائد الظهيرية وكذلك لا يجوز اجارة المراعي
لان المستحق بالاجارة المنافع دون الاعيان الا اذا كانت الاعيان آلة لاقامة العمل المستحق
بالاجارة كالصبغ في استيجار الصباغ واللبن في استيجار الظئر لكونه آلة للحضانة والتربية
وذكر الامام التمرتاشي رح بخلاف استيجار الظئر حيث يجوز لان لبن بنات آدم في حكم المنفعة وهنا
لا يجوز بيعه ولا يضمن متلفه **قوله** والانتفاع ما يخرج منه لا بعينه عن بيع المهر والجحش
فانهما وان كانا لا ينتفع بهما في الحال لكن ينتفع بهما في المآل باعيانهما فيجوز البيع **قوله** الكوارة
بالضم والتشديد معسل النحل اذا سوي من طين **قوله** كذا ذكره الكرخي رح
هكذا ذكر هنا وذكر في موضع آخر ان هذا قول القدوري وانكر ابو الحسن وهو الكرخي جواز
جواز بيع النحل مع العسل وقال انما يدخل الشيء في البيع تبعا لغيره اذا كانت من حقوقه
كالشرب والطريق وهذا ليس من حقوقه كذا في الفوائد الظهيرية وعند محمد رح يجوز كيف
ما كان وعليه الفتوى اعتبارا للعادة ولانه يتولد منه ما هو منتفع به فيجوز بيعه كبذر البطيخ
قوله ففي معنى القز من ابو حنيفة رح على اصله المذكور في بيع النحل وكذا محمد رح على اصله
فقال بالجواز فيهما واما ابو يوسف رح فرق فجوز في بيع النحل مع ابي حنيفة رح وفي دود القز مع محمد رح
فقال لما ظهر من القز ينتفع به في المستقبل فكان بمنزلة المهر بخلاف النحل كذا في الفوائد
الظهيرية **قوله** وعندهما يجوز كما كان القز فيه وقال الامام المحبوبي رح وعليه الفتوى
وفي الذخيرة فانه اختيار صدر الشهيد **قوله** وكان اشهد اي انه اخذه ليرده على المولى
لانه امانة عنده ويتعين الامانة وهو اولى لانه غير مضمون لا ينوب عن قبض البيع وهو
اقوى لانه مضمون لانه وان كان لم يشهد يجب ان يصير قابضا وذكر الامام التمرتاشي رح
وان لم يشهد فكذلك عندنا سوى ابي يوسف رح لا يصير قابضا وعندهما يصير قابضا عقيب الشراء
وان كان اخذه لنفسه يصير قابضا عقيب الشراء عندهم جميعا **قوله** ولو باع الآبق ثم عاد
من الاباق لا يتم ذلك العقد ويحتاج الى بيع جديد وبه اخذ جماعة من مشايخنا رح و
كان يفتي ابو عبد الله البلخي رح وهكذا ذكر شيخ الاسلام رح لان شرط جواز العقد وهو
القدرة على التسليم ما كان ثابتا وقت البيع فلا يجوز وان وجد من بعد صار كما لو باع
خمرا بخلاف ما لو باع طيرا في الهواء او سمكا في الماء ثم اخذه وسلمه في المجلس
فانه لا يجوز **قوله** لانعدام المحلية لان محل البيع مال متقوم مقدور التسليم والآبق ليس بمقدور
التسليم لان المالية في الآبق تاوية وهو كالمعدوم حقيقة في المنع من البيع **قوله** فان قيل

للمشتري
فلم جاز اعتاقه **قلنا** الاعتاق لابطال الملك فيلائم نواه بالاباق واما البيع فاثبات الملك
والتوى يباينه فلا يثبت وعندنا يحتفظ رح انه يتم العقد وبه اخذ الكرخي وجماعة من مشايخنا
رح ذكر القاضي الاسبيجابي وبعد ظهور الابق فانهما امتنع من البايع والمشتري يجبر على
التسليم والتسلم فلا يحتاج الى تجديد الايجاب الا اذا كان المشتري رفع الامر الى القاضي وطلب
التسليم من البايع فظهر عجزه عن التسليم وفسخ القاضي العقد بينهما ثم ظهر العبد فيحتاج
الى بيع جديد كذا في الذخيرة **قوله** والمانع قد ارتفع وهو العجز فاذا صار كان لم يكن
كالراهن بيع المرهون ثم يفتكه قبل الخصومة كذا في المبسوط ولو باع الابق من ابنه الصغير
لا يجوز ولو وهبه له او ليتيم في حجره جاز لان ما يحتاج اليه من اليد في الابق يصلح لقبض الهبة
دون البيع واعتاق الابق عن الكفارات جائز اذا علم حيوته ومكانه كذا ذكره الامام التمرتاشي
رح **قوله** ولا يبيع لبن امراة في قدح وانما قال في قدح لانه لو لم يذكر القدح لتوهم انه يجوز
بيعه اذا كان في القدح وانما لا يجوز كونه في الثدي كما هو الحكم في البان ساير الحيوانات
انه اذا باعه وهو في الضرع لا يجوز واذا كان في القدح او في غيره من الاواني يجوز **قوله** شرب
طاهر في النهاية ذكر الطحاوي انه اذا باع عمرو بعد كونه مشروبا احترازا عن الخمر وعما لا
يتقوم في نفسه بل بعد انضمام شيء اخر مع كونه طاهرا كحبات الحنطة لعدم الانتفاع فانه
لا يجوز بيعها لفوات وصف الطهارة في الخمر وفوات وصف التقوم في حبات الحنطة
ولنا انه جزء الادمي فلا يكون مالا لان المال هو غير الادمي خلق لمصلحة الادمي والجزء
في البيع والضمان محل البيع هو المال حتى لا ينعقد في غيره اصلا واما دلالة ان اللبن
جزء الادمي فهو ان الشرع اثبت حرمة الرضاع بمعنى البعضية فلما كان هو جزء الادمي والادمي
بجميع اجزائه مكرم ومصون عن الابتذال بالبيع وغيره فلذلك لا يجوز بيعه **فان قيل**
اجزاء الادمي مضمونة بالاتلاف فوجب ان يكون اللبن كذلك **قلنا** اجزاء الادمي لا تضمن
بالاتلاف بل تضمن بما انتقص من الاصل الا ترى ان الجرح اذا اندمل ولم يبق له اثر يسقط عنه
الضمان وكذلك السن اذا نبتت لما استوفي بالوطي فانه مضمون ولذلك لم ينتقص شيئا
تعظيما للبضع الا ترى انه يجب ان اذنت بالاستيفاء اذا لم يجب الحد بخلاف الطرف
فانه لا ضمان فيه مع الاذن وهذا لان ما يستوفى بالوطي ملحق بالنفس حكما في حق التعظيم
احترازا بالماء الذي هو النفس وبالاتلاف لا ينتقص من الاصل شيء فلا يضمن كذا في
الاسرار واما قوله انه مشروب طاهر فقلنا لا نسلم بان اللبن مشروب على الاطلاق لانا
هو غذاء ربيت الصبيان لمحل الضرورة ولم لا تنزل الالبان الغنيمة عادة كالترياق
عند الضرورة حتى لو استغنى لم يبح شربه وضربه في عين رمد عن اصحابنا لا يجوز
وقيل يجوز اذا علم انه يزيله وكلا هذا على انه مال متقوم وهذا نظير النكاح فان البضع

بتلك بالعقد المحتاج الى قضاء الشهوة واقامة النسل ولا يحصل ذلك بالجنس ثم ذلك لا يدل
على انه مال متقوم مع ان الغذاء ما في الثدي من اللبن وذلك لا يحتمل البيع بالاتفاق وربما
يجلب القمار بعقد المتصل به غذاء الصبي وفي تجويز بيع ذلك فساد فانه يثبت به الحرمة
المصاهرة بين صاحبة اللبن وبين من تربيه من الصبيان فانه اذا لم يكن معلوما تمكن
فساد في الانكحة من الله والله لا يحب الفساد **قوله** فلا يجوز بيعه اهانة له **فان قيل**
جعل البيع في لبن الادمي رح دليل الاهانة وفي شعر الخنزير دليل الاعزاز فكيف
يكون الشيء الواحد دليل الاعزاز والاهانة **قلنا** انما كان كذلك باعتبار المحل كما ان
الاحراق اهانة في حق الادمي اعزاز في حق الحطب حيث صرف الى ما خلق له وقال الفقيه
ابو جعفر رح ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي ان يجوز لهم
الشراء لانه ذلك حالة الضرورة فاما البيع فيكره للبايع وقيل لا يطيب الثمن للبايع
ولا باس للاساكفة ان يصلوا مع شعر الخنزير وان كان اكثر من قدر الدرهم وفي لسانه
لو صلى ومعه شعر الخنزير اكثر من قدر الدرهم جاز عند بعضهم ولا يجوز عند اخرين لم
يجز عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يجوز وفي الخبر هذا كله في المشوف والمجرد
نظام **قوله** لان اطلاق الانتفاع به دليل طهارته والصحيح قول ابي يوسف رح لانه لو كان
طاهرا يباح الانتفاع به يجوز بيعه قياسا على عامة ما هذا شانه وعن بعض السلف انه
كان لا يلبس مكعبا او خفا مخروزا بشعر الخنزير **قوله** الواصلة التي تصل الشعر
المستوصلة التي يفعل بها ذلك وروي عن محمد رح انه يجوز الانتفاع بشعر الادمي
استدلالا بما روي عن النبي عليه السلام حين حلق راسه قسم شعره بين اصحابه وكانوا
يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه يتبرك بالنجس الا ترى ان ابا طيبة رضي الله عنه حين
شرب دمه شرعا نهاه ان يعود الى مثله في المستقبل **قوله** فيزيد
في قرون النساء وذوايبهن اي يزيد في اصول الشعر للتكثير وفي الذوائب للتطويل **قوله**
ولا يبيع جلود الميتة قبل ان يدبغ ولا يتعلل بالنجاستها لما اتصل بها من الرطوبات
فلا يمنع ذلك جواز بيعها كالثوب النجس لانا نقول هذه الرطوبات في الجلد باعتبار
اصل الخلقة فلم يزايله بالدبغ فهو كما ان الجلد وبهذا الطريق يكون الجلد محرم العين فاما
نجاسة الثوب فليس باصل الخلقة بل جاورته بعد ان لم يكن متصلا بالثوب فلا يعتبر
حكم اصل الثوب من حيث الانتفاع به وجوز بيعه كذا في الجامع الصغير للشمس الائمة
السرخسي رح **قوله** والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد رح لانه بمنزلة الخنزير في
حرمة اللحم وغيره فكان نجس العين كالخنزير وعندهما بمنزلة السباع لانه ينتفع بحقيقته
فكان منتفعا شرعا كساير السباع هذا هو الاصل الا اذا قام الدليل بخلافه **قوله** ح

King Saud University
Copyright © King Saud University

باع عظمه هذا اذا لم يكن باع عظم الفيل واسنانه فيه سويته واما اذا كانت فهو نجس فلا يجوز بيعه
قوله فباع صاحب العلو علوه اي حق التعلي قوله والمال هو المحل للبيع فان محل البيع مال او
ما يتعلق بالهواء وهو ليس بمال لان المال ما يمكن قبضه واحرازه قوله لانه حظ من الماء او
الماء عين مال فكان بيع الشرب بمنزلة بيع اللبن فان قيل لو كان بيع الشرب بمنزلة بيع
العين ينبغي ان لا يجوز البيع اذا كان الماء معدوما في الارض قلنا انما يجوز للضرورة
ولم ضرورة وجوده كالسلم والاستصناع قوله ولهذا يضمن بالاتلاف بان سقى ارضه
شرب غيره قوله وله قسط من الثمن حتى اذا ادعى رجل شراء ارض بشربها بالف و
شهد شاهد بذلك وسكت الاخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما في ثمن
الارض لان الذي زاد الشرب نقص ثمن الارض لان بعض الثمن مقابل بالشرب فصار
كاختلافهما في مقدار ثمن الارض واما انه لم يجز بيعه مقصودا في رواية هو اختيار مشايخ
بخارا للجهالة وبيع المسيل لا يخلو عن خمسة اوجه اما ان يريد بيع رقبة المسيل وهي
النهر فهو جائز او يريد رقبة الارض لمسيل الماء فهو على وجهين ان بين حده
وموضعه فهو جائز ايضا وان لم يبين لا يجوز واما ان يريد حق التسييل فهو لا يخ
اما ان كان على السطح وهو غير جائز لمعنيين احدهما انه يتعلق بالهواء فكان بمنزلة
حق التعلي والثاني الجهالة لان المسيل مجهول يختلف لقلة الماء وكثرته او في الارض
وانه لا يجوز للجهالة قوله فاذا هو غلام فذكر الصغر فذكر الجنس والفرق بني على الاصل
الذي ذكرناه وهو متفق عليه في حكمه لكن ذكرنا ذلك الاصل المتفق عليه في قول محمد
في مسئلة ما اذا قال وجها عاهه من الخل فاذا هو خمر فلاتفاقهم على ذلك الاصل
لم يقع الخلاف ههنا في مسئلة من باع جارية فاذا هو غلام قوله فهو يتعلق في الجنس
تعلق العقد بالمسمى وفي الجامع الصغير للتمرتاشي ان اشار في البيع وسمى فان كان
المشار اليه خلاف المسمى جنسا تعلق العقد بالمسمى اذا لم يعلم المشتري ان المشار
اليه خلاف جنس المسمى وان علم تعلق بالمشار اليه حتى لو قال بعتك هذه الجارية
واشار الى العبد تعلق العقد بالعبد وكذا لو اشترى جارية بهذه الدراهم واشار
الى الدنانير تعلق بالدنانير كذا ذكره فخر الاسلام وانما يتعلق العقد بالمشار
اليه في مختلفي الجنس لان الجمع بين الاشارة والتسمية هنالك ممكن بان يجعل
الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب حتى لو قال بعت هذا العبد الخباز فاذا هو
ليس بخباز كان البيع صحيحا وكان ذكر الوصف للترغيب واذا كان خلاف جنس
المسمى يتعلق العقد بالمسمى لان العقد يبنى على المسمى وهو المقصود والبناء على
المقصود واجب ويتخير لفوات الوصف وذكر في الفوائد الظهيرية ويثبت الخيار اذا

كان

كان الموجود انقص هكذا ذكرها الامام فخر صدر الاسلام في الجامع الصغير وذكر صاحب المحيط للمشتري
الخيار من غير تقييد بكونه انقص وهو الصحيح لفوات المعقود عليه بالمشروط قوله حيث انه
للتفاوت في الاغراض فالمبتغى من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل
الدار كالطبخ والكنس وللاستفراش والاستيلاد قوله للتفاوت فيهما فالمبتغى من الكل اللحم للتفاوت
الركوب والحمل الوذاري بفتح الواو وكسرها والذال المعجمة ثوب منسوب الى وذار قرية بسمرقند
والزندنيجي ثوب منسوب الى زندنة قرية ببخارا كذا في المغرب قوله او باع العرض يعني اشترى
بالف ثم باعها بالعرض قبل نقد الثمن وقيمة العرض اقل من الالف فانه جائز للاتفاق ولو باعها
بالدراهم ثم اشتراها بالدنانير اقل من الثمن الاول لا يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر قوله
ولنا قول عائشة رض لتلك المراة وهو ان امراة دخلت على عائشة رض فقالت اني اشتريت
من زيد بن ارقم جارية الى العطاء بثمانمائة درهم ثم بعتها منه بستمائة درهم فقالت عائشة
رض بئسما شريت وبئسما اشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجه وجهاده مع رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان لم يتب عن هذا فاتاها زيد بن ارقم متعذرا فتلت قوله تعالى فمن جاءه
موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف فهذا الوعيد الشديد دليل على فساد هذا العقد والحاق
هذا الوعيد بهذا الفعل الصنع لا يهتدى اليه العقل لشيء من المعاصي دون الكفر لاجل
شيء من الطاعات الا ان يثبت شيء من ذلك بالوحي فدل انها قالته سماعا واعتذار زيد
اليها دليل على ذلك لان في المجتهدات كان يخالف بعضهم بعضا وما كان يعتذر احدهما
الى صاحبه فيها ولا يقال انما الحقت الوعيد به للاجل الى العطاء لانا نقول ان مذهب عائشة
رض جواز البيع الى العطاء ولانها قد كرهت العقد الثاني بقولها بئسما اشتريت وليس فيه
هذا المعنى وانما ذمت البيع الاول وان كان جائزا عندهما لانه صار ذريعة الى البيع الثاني
الذي هو موسوم بالفساد وهذا كما نقول لصاحبه بئس البيع الذي اوقعك في هذا
الفساد وان كان البيع جائزا فان قيل يحتمل انها ذمت البيع الاول لفساد بجهالة
الاجل لانها رجعت عن تجويز البيع الى العطاء والبيع الثاني لانه بيع المبيع قبل القبض
اذ القبض لم يذكر في الحديث قلنا الرجوع لم يثبت وانما ذمت البيع الثاني لاجل الربوا
حتى تلت عليه آية الربوا وليس في بيع المبيع قبل القبض الربوا قوله بئسما شريت اي بعت
لان الشراء يستعمل في معنى البيع قال الله تعالى وشروه بثمن بخس اي باعوه ثم انما ذمت
العقد الثاني لانه الفساد فيه مقصود وفي الاول باعتبار الوسيلة فان قيل قد جاء
الوعيد في تفريق الولد عن الوالد بالبيع ومع ذلك لو باعه فالبيع جائز لا فاسد
قلنا الوعيد هنالك للتفريق لا للبيع حتى لو فرق بدون البيع كان الوعيد لاحقا
ايضا فلما امكن الانفصال بين البيع والتفريق في الجملة اعتبر منفصلا في جواز البيع ذكره

Copyright © King Saud University

ذلك لشبهة الى المتفرق واما ههنا لما كان الوهم باشبه الربوا والربوا مخصوص بالبيع فاوجب
الفساد لان في هذا لما كان شبهة الربوا ملحقة بحقيقته فاوجب الفساد كحقيقته **قوله** و
لان الثمن لم يدخل في ضمانه لان الثمن قبل القبض لا يدخل في ضمان البائع فاذا عاد اليه
عين المبيع بالصفة التي خرج عن ملكه ويقابل خمسمائة بخمسمائة قصاصا سلم للبائع خمسمائة
مع سلامة الجارية له وهذه الزيادة ربح ما لم يضمن لانها تنشأ من زيادة الثمن الاول
على الثمن الثاني والثمن الاول لم يدخل في ضمانه بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول او اكثر
لان الربح هنالك يحصل للمشتري والمبيع دخل في ضمانه بخلاف ما اذا باعه بالعرض لان
الفضل انما يظهر عند المجانسة **قوله** ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيهما اي في المشتراة
لكونه مجتهدا فيه لما ان شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن جائز عنده فلما ضعف الفساد
فيهما لم يتعد الى المضمومة اليها كما لو باع عبدا ومدبرا صح البيع في العبد بحصته وفسد
البيع في المدبر حتى لو قضى بجوازه يجوز **فان قيل** البيع اذا اسلم كرا في شعير وزيت
يفسد في الكل عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا اسلم قوهية في قوهية ومروية ثم ان فساد
العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه لانه لو اسلم ثوبا هرويا في ثوب هروي يجوز عند
الشافعي رحمه الله وكذلك يجوز عنده اسلام القوهي في القوهي ومع ذلك تعدى فساد ذلك
الى المقرون به وهو اسلام القوهي في المروي والبر في الزيت **قلنا** ذا ليس بطريق
تعدي الفساد كما زعم البعض بل باعتبار ان اعلام رأس المال شرط عنده والمسلم فيه
مختلف فكان فساد السلم في كل واحد منهما لانه لم يتخصص كل واحد منهما من رأس المال
الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله استضعف ذلك التعليل في المبسوط وقال
بعد ذكر الاسلام القوهية والمروية وهذا يتبين ان الطريق ما قلنا في تعليل قول ابي
حنيفة رحمه الله في مسئلة اسلام الحنطة في الشعير والزيت بان العلة المفسدة للعقد قد
وجدت في الكل ما في حصة فقط واما في حصة الزيت فقد جعل قبول العقد في الشعير
شرطا في قبول العقد في الزيت لانه من جمع بين الشيئين في العقد الواحد فانه يكون
شارطا عليه قبول العقد في كل واحد منهما ولهذا لو قبل في احدهما دون الآخر لا يجوز
وهذا شرط فاسد والسلم بالشرط الفاسد يفسد بخلاف بيع القن والمدبر لان
العقد في المدبر ليس بفاسد ولهذا لو اجازه القاضي يصح جاز دون ما قاله بعض
مشايخنا رحمهم الله لابي حنيفة رحمه الله ان الفساد اذا كان قويا مجمعا عليه يمكن في البعض يتعدى
الى ما بقي فان فساد العقد بسبب الجنسية غير مجمع عليه وسوى في الفصلين اي فصل
اسلام الحنطة وفصل اسلام القوهية على ما ذكرنا **قوله** او لانه باعتبار شبهة الربوا
من حيث انه يعود اليه كل رأس ماله الربح زيادة ليس بازائها ضمان ولا عوض وشبهة الربوا

كحقيقته

جامعة الرياض - المكتبة - قسم المخطوطات

كحقيقته فلو اعتبرنا تلك الشبهة في الجارية التي ضمت الى المشتراة لكنا قد اعتبرنا شبهة الشبهة وذلك
لا يجوز **قوله** او لانه طارئ وله وجهان احدهما انه ما شرط في العقد انه يكون بازاء ما باع البعض
اقل من الثمن الاول بل قابل الثمن بالجاريتين وهذه المقابلة صحيحة ولكن بعد ذلك ينقسم
الثمن عليهما باعتبار قيمتهما **قوله** فيصير البعض بازاء ما باع والبعض بازاء ما لم يبع فيخص
المبيع فيما باع وهذا فساد طارئ فلا يتعدى الى الآخر والاخر المقاصة وذلك بان باع
الجارية اولا بالف ثم اشتراها واخرى معها بخمسمائة تقع المقاصة بخمسمائة الثمن ويبقى بعض
الثمن فضلا من عشرين يقابله عوض والمقاصة يقع عقيب وجوب الثمن على البائع
بالعقد الثاني فيفسد عند وقوع المقاصة فيكون الفساد طارئا **قوله** لان الشرط الذي
لا يقتضيه العقد لان مقتضى العقد ان لا يطرح عنه وزن الظرف ما يوجد وعسى وزنه اقل
من خمسين او اكثر فكان شرطا مخالفا لمقتضى العقد او لانه يؤدي الى جهالة المبيع ان
يوجب ان يبقى له بعض الزيت بغير الثمن او ان يؤدي ثمن ما لا يتصل اليه من الزيت **قوله**
ضمينا كان كالغاصب وامينا كالمودع **قوله** لانه في الحقيقة اختلاف في الثمن والقول
للمشتري لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان اختلفا في الثمن لان اختلافهما في الثمن يثبت
تبعا لاختلافهما في الزق لا يوجب التحالف لانه ليس بمعقود به ولا بمعقود عليه فكذا الاختلاف
فيما يثبت تبعا لان حكم التبع لا يخالف حكم الاصل **قوله** لان العاقد هو الوكيل باهليتها
الاصلية لان الوكيل عند ابي حنيفة رحمه الله اصل في حق نفس التصرف نائب عن الموكل في حكم التصرف
فيعتبر اهليته لنفس التصرف واهلية الموكل لحكم التصرف وعندهما نائب عن الموكل
في حق نفس التصرف فيعتبر اهلية الموكل لنفس التصرف **قوله** ان الموكل لا يليه فيعترض
للولاية كمسلم يوكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ابو حنيفة رحمه الله
يقول الوكيل انما يملك التصرف لكونه حرا عاقلا بالغا ولهذا لا يستغني عن الاضافة
الى الموكل ويرجع بالحقوق اليه والحاجة الى الموكل لينتقل حكم التصرف اليه والموكل اهل لان ينتقل
ملك الخمر اليه ارثا وصورة الارث بان اسلم النصراني وله خمر ومات قبل تخليل
الخمر تخليل الخمر وله وارث مسلم ملكها **فان قيل** الوراثة ليست نظير مسئلتنا لان الوراثة
امر جبري والتوكيل امر اختياري والامر الحكمي يوافق الجبري لا الاختياري **قلنا** ثبوت الملك
للموكل عند تحقق الوكالة امر جبري ايضا حيث يثبت الملك له بدون اختياره كما في الميت وبالاتفاق
ان المأذون له اذا كان نصرانيا اشترى خمرا ومولاه مسلم يثبت الملك فيها بمعنى ان يكون هالكا
فان قيل يثبت بين الوكيل والموكل الاحكام المتابعة حتى ان الذي لو جرى بينهما عقد التجاحد
ويثبت له الرد بالعيب هذه احكام المتابعة يثبت بسبب الوكالة فينبغي ان يمنع عن التوكيل الذي
يثبت هذه الاحكام لان المسلم كما هو ممنوع عن حقيقة الشراء ممنوع الخ عما هو شبيه

Copyright © King Saud University

بالشراء بياشره فحكمه الاترى انه يمنع عن قبض الخمر حكما للمشترى الموجود منه حال الكفر **قلنا** هذه
الاحكام تثبت مضافة الى الشراء مضافة الى الشراء لا الى الوكالة والشراء وجد باختيار
الوكيل لا حكما للوكالة بخلاف العتق لانه يثبت بفعله واختياره وقد منع عن حقيقة البيع
باختياره فكذلك يمنع عما ثبت به شبهة الشراء باختياره وهو العتق وفرعهما ان الموكل
لا يليه فعزله الوكيل سقوعن مسايل منها ان الوكيل بشراء شئ بعينه ليس له ان يشتريه
لنفسه بمثل ذلك الثمن ولو ان يوكل غيره بذلك ومنها ان الذمي اذا اوصى الى مسلم وقد
ترك خمرا او خنزيرا فان الوصي يوكل ذميا ببيعه وقسمته وان كان لا يملك هو بنفسه
ومنها ان المريض في مرض الموت اذا باع ما يتغابن الناس في مثله وعليه ديون مستغرقة
لا يجوز ومن وصيته بعد موته يجوز ومنه حانه عندنا تحيض ره انكان خمرا خلله وانكان
ثمن الخمر يصدقه به لانه عوض الخمر فيمكن الخبث فيه لقوله صلى الله عليه وسلم ان الذى
حرم شربها حرم بيعها واكل ثمنها **قوله** ثم جملة المذاهب فيه الى الاصل الكلي المسايل الفروع
اصحابنا ان يقال كل شرط يقتضيه العقد اي يجب بالعقد بلا شرط كشرط الملك للمشترى
في المبيع او شرط تسليم الثمن او تسليم المبيع لا يفسد العقد لانه يثبت بمطلق العقد فلا يفيد
الشرط الا تاكيدا وكذا كل شرط لا يقتضيه العقد الا انه يلايم البيع اي يوكد موجبه كالبيع
بشرط ان يعطى المشترى بالثمن رهنا او كفيلا وهو معلوم بالاشارة او التسمية لا
يفسد العقد ايضا لان الرهن شرع وثيقة وتاكيدا لجانب استيفاء الثمن واستيفاء
الثمن موجب العقد فما يوكده يلايم العقد والكفالة وثيقة لجانب المطالبة والمطالبة
موجب العقد فما يوكدها يلايم العقد فلا يفسده فان لم يكونا معلومين فسد البيع
لان جهالة الرهن والكفيل يفضي الى النزاع فالمشترى يعطيه رهنا او كفيلا والبايع
يطالبه باخر وكل شرط لا يلايم العقد الا ان الشرع ورد بجوازه وكالخيار والاجل او
لم يرد الشرع بجوازه لكنه متعارف كشراء نعل على ان يحذوها او يشركها لا يفسد العقد
استحسانا للتعامل وهو حجة يترك به القياس وكل شرط لا يقتضيه العقد ولا يلايمه
ولم يرد الشرع بجوازه وليس بمتعارف وفيه منفعة لاحد المتعاقدين او المعقود عليه
وهو من اهل ان يستحق حقا على الغير بان يكون آدميا يفسد العقد كبيع عبد بشرط ان
لا يبيعه المشترى فان العبد يعجبه ان لا يتداوله الايدي وان لم يكن من اهل الاستحقاق
بان اشترى ثوبا او دابة بشرط ان يعلفه كذا او من السفر او لم يكن فيه منفعة لاحد كشراء
دابة او ثوب بشرط ان لا يبيعه بطل الشرط وصح البيع في ظاهر المذهب وعن ابي يوسف ره
انه يفسد البيع **قوله** اولانه قد يقع بسببه المنازعة لانه متى كان منتفعا به كان مرغوبا
فيه وكان له طالب فيقع بسببه النزاع ومتى لم يكن مرغوبا فيه لم يكن زيادة تقدير او لم

بكن

يكن له طالب فلا يودي الى الدعوى والنزاع **فان قيل** لما شرط المشترى او البايع شرطا في العقد فالظاهر
انه يجرى على موجبه فلا يودي ما اشترط الى المنازعة **قلنا** يفسد العقد بالشرط بظاهر ما
روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع وشرط فمع ذلك لا يجرى الشارط على شرطه لان الشرط
انما يراعى في البيع الصحيح **قوله** ويقبسر على بيع العبد بسمة والنسمة النفس من نسيم الريح
ثم سميت بها النفس ومنها اعتق النسمة والله بارئ النسمة واما قوله ولو اوصى بان يباع
عبده نسمة صحت الوصية فالمراد ان يباع للعتق اي ممن يريد ان يعتقه وانتصابها على الحال
على معنى موجبا للعتق وانما صح هذا لانه لما كثر ذكرها في باب العتق وخصوصا في قوله عليه
السلام فك الرقبة واعتق النسمة صارت كانها اسم لما هو بعرض العتق فعوملت معاملة
الاسماء المتضمنة لمعاني الافعال كذا في المغرب **قوله** لان شرط فيه نفي لما قال الشافعي
ره ان تفسيره البيع بشرط العقد **قوله** فالحجة عليه ما ذكرنا اي من الحديث والمعقول انه
يفضي الى الدعوى او النزاع **قوله** فلا ينقلب جائزا اي بالاعتاق لان شرط الاعتاق متى
كان مفسدا كان تحقيقه تقريرا للفساد كسائر الشروط المفسدة كما في البيع الى النيروز
والمهرجان **قوله** من حيث انه لا يلايم العقد على ما ذكرنا ومن ان قضية العقد
الاطلاق والتخير في جميع التصرفات لا الالتزام حتما ولكن يلايمه بحكمه لان العتق منهي
الملك فان الملك في بني آدم ثابت الى العتق والشئ بانتهائه يتقرر وتقرر الشئ يصحح له ولهذا
لو اشترى عبدا فاعتقه فعلم بعيبه رجع بنقصانه بخلاف ما لو باعه فاذا استهلكه فقد
تقرر الفساد لوجود صورة الشرط دون الحكم فاذا اعتقه تحققت الملاءمة بحكم العتق و
هو انتهاء الملك به فترجح جانب الجواز فكان الحال قبل ذلك موقوفا بين ان يبقى فاسدا
كما كان او ينقلب الى الجواز بالاعتاق **قوله** لان الاجل في البيع العين يتيد بالعين احترازا
عن السلم فيه لان الاجل شرع ترفيها ليتمكن المشترى من التحصيل في مدة الاجل وما العين
فحاصل فلا حاجة الى حكم الاجل المترفه ولهذا شرطه فيه يكون شرطا فاسدا والبيع يفسد
بالشرط الفاسد **قوله** والاصل ان كل ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد
لان عدم جواز الافراد بالعقد يدل على انه بمنزلة طرف من اطراف الحيوان واستثناء الاطراف
لا يجوز لان الاستثناء تصرف فيما يدخل تحت اللفظ قصدا لا تبعا والاطراف بمنزلة الاوصاف
يكون دخولها تبعا فاذا لم يصح الاستثناء بقي شرطا فاسدا لانه خلاف العقد **قوله** والاستثناء كالحمل
على خلاف الموجب اي موجب العقد لان العقد يقتضيها وهذا على خلاف موجب الاستثناء اي مقتضى
الاستثناء لان الاستثناء يصح فيما دخل مقصودا في صدر الكلام وهنا دخل الحمل تبعا لا مقصودا
والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع بان يقول كاتبتك الا حملك او اجرتك او رهنتك
الا حملك **قوله** بمنزلة المصنف في الكتابة ما يتمكن في صلب العقد اي بما يقوم به العقد كما اذا

Copyright © King Saud University

اذا كاتب العبد المسلم عبده على خمر او خنزير او قيمته واما اذا شرط على المكاتب ان لا يخرج من
الكوفة فله ان يخرج لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية العبد على سبيل الاستبداد
فبطل الشرط وصح العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال في حق المولى وتشبه
النكاح من حيث انه ليس بمال في حق نفسه فعملنا بالشبهين في الحالين وفي تخريج الطحاوي
الاستثناء باقي البطن على ثلث مراتب في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وهو البيع و
الاجارة والكتابة والرهن وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وهو الهبة والصدقة
والنكاح والخلع والصلح عن دم عمد لان هذه العقود لا يبطلها الشروط الفاسدة فيصح
ويبطل الاستثناء لان الفساد بالشرط باعتبار افضائه الى الربوا متحقق في المعاوضات
دون التبرعات والاسقاطات ويدخل في العقد الام والولد جميعا وفي وجه الاستثناء
جائز والعقد جائز وهو ما اذا اوصى بجارية لانسان واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الحمل
اخت الميراث ويجري الارث فيما في البطن بخلاف ما اذا اوصى بجارية لانسان واستثنى
خدمتها او غلتها حيث يبطل الاستثناء لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الارث الا ترى ان الموصى
له بالخدمة او الغلة لو مات بعد صحة الوصية يعود الى ملك الموصي ولا يصير موروثا عن
الموصى له وكذا لو اوصى برقبتها للانسان وبخدمتها لآخر ومات الموصى له بالخدمة عادت
الخدمة الى مالك الرقبة دون ورثة الموصى له بالخدمة بخلاف الوصية بما في البطن حيث
يصير موروثا عن الموصى له **فان قيل** لما كان الاصل ان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح
استثناؤه لزم من هذا ان ما يصح افراده بالعقد يصح استثناؤه والخدمة في الوصية مما
يصح افراده بالعقد بان قال اوصيت بخدمة هذه الجارية لفلان فانه يصح فوجب
ان يصح استثناؤه **قلنا** لا نمنع لزوم ذلك العكس الا ترى انه ذكر في الاجارات وما
جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة ولم يلزم من هذا ان كل ما لا يصلح ثمنا لا يصلح اجرة
وان لم يصلح ثمنا كالاعيان التي لا تجب في الذمة فانها لا تصلح اثمانا وتصلح اجرة ثم لو سلمنا
ذلك فالجواب عن عدم صحة الاستثناء من وجوه احدها ان الاستثناء تصرف في اللفظ فيصح
الاستثناء فيما دخل فيه المستثنى لغة ولفظ الجارية لا يتناول الخدمة فلم يصح استثناؤها
والثاني ان الوصية ليست بعقد الا ترى انه يصح قبول الموصى له بعد موت الموصي فلا
يتناولها ما ذكر من لفظ العقد مطلقا ولذلك لا يدخل الموصى به في ملك ورثة الموصى له قبل
القبول اذا مات الموصى له قبل القبول فلا يكون عقدا والثالث انا لو قلنا بصحة الاستثناء
للخدمة يلزم ان يرد الخدمة الى ورثة الموصي والارث لا يجري في الخدمة لان الارث
يجري في الاعيان دون المنافع فلذلك قلنا بان الاستثناء لا يصح **قوله** على ما مر وهو
قوله ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلها شيء من الثمن آه **قوله** ومن اشترى

نعلا

نعلا على ان يحذيها اراد بالنعل الصرم وهذا من تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه حذاء النعل
بالمثال اذا قطعها به وحذا له نعلا عملها شراك النعل من الشراك وضع عليها وهو سيرها
الذي على ظهر القدم وهو بين في العلة كذا في المغرب **قوله** وجه ما بيناه وهو قوله ولانه شرط
لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين آه وجه الاستحسان انه تعارفنا ظاهرا وفي
النزوع عن العادة حرج بين فصار كصبغ الثوب لان القياس انه لا يجوز لان الاجارة بيع
المنافع والصبغ عين وجوزناها للتعامل كالاستصناع فانه بيع المعدوم وبيع المعدوم
لا يجوز وانما جوزناه للتعامل **قوله** والبيع الى النيروز اي بتاجيل الثمن الى النيروز والمهرجان
تعريب مهركان وهو اسم للخريف **قوله** لجهالة الاجل لان النيروز يختلف بين نيروز السلطان
ونيروز الدهاقين ونيروز المجوسيان **قوله** لابتنائها على المماكسة اي لابتناء البيوع المكس
في البيع استنقاص الثمن من باب ضرب والمماكسة والمكاس في معناه والمكس ايضا الجباية
الجبائية وهو فعل المكاس ايضا ومنه لا يدخل صاحب مكس الجنة **قوله** لان مدة صومهم
بالايام معلومة هي خمسون يوما كذا ذكره التمرتاشي رح **قوله** الى قدوم الحاج اي الى وقت
قدوم الحاج لانها تتقدم وتتاخر لكونها من افعال العباد فيتفاوت بحسب ما يليق بهم والآجال
شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج **قوله** و
هذه الجهالة يسيرة مستدركة اي يمكن تداركها واما انها لاختلاف الصحابة فيها فان عائشة
رض كانت تجيز البيع الى العطاء وكان ابن عباس رض لا يجيز ذلك واختلاف الصحابة رض
دليل على ان الجهالة يسيرة اذ لا خلاف لاحد في فساد البيع عند تفاحش الجهالة كالبيع الى
هبوب الريح ومجيء المطر **قوله** ولانه معلوم الاصل يحتمل وجهين احدهما ان المكفول به وهو اصل
الدين معلوم وانما المجهول وصفه وهو الاجل والوصف تابع للاصل ثم الجهالة اذا كانت في اصل
الدين متحملة في الكفالة بان يكفل بما ذاب له على فلان ففي الوصف اولى والجهالة لا تتحمل في ثمن
البيع فكذا في وصفه اذ الوصف لا يخالف الاصل والثاني وهو الاوجه ان اصل هذه الاشياء
معلومة الوقوع في تلك السنة وانما المجهول وصف التقدم والتاخر فكانت الجهالة يسيرة حتى
لو كفل الى هبوب الريح او مجيء المطر لا يصح لان اصله غير معلوم في تلك السنة **قوله** فكذا في وصفه
لان الوصف لا يخالف الاصل **فان قيل** الوصف ادنى من الاصل فلا يلزم ان يكون مثل
الاصل في كونه مفسدا **قلنا** يفضي الى الافضاء الى النزاع يشملهما والامانعة في الكفالة لانه
تبرع ابتداء فيبنى على المسامحة **قوله** ولو باع الى هذه الآجال وانما قيد بقوله الى هذه الآجال
احترازا عن البيع الى هبوب الريح او مجيء المطر ثم تراضيا على اسقاط تلك الآجال فيصح العقد
وهذا بخلاف البيع الى هبوب الريح وامطار السماء لان ذلك ليس باجل والاجل ما يكون منتظر
الوجود وهبوب الريح وامطار السماء قد يتصل بكلامه فعرفنا انه ليس باجل بل هو شرط

King Saud University
Copyright © King Saud University

فاسد وللأجل فسد العقد **قوله** فصار كاسقاط الاجل في النكاح آه اي على اصلكم واما على
قول زفر رحمه الله فالنكاح الى اجل جائز والشرط باطل لما عرف في النكاح **قوله** بطل البيع فيهما
سمى لكل واحد منهما ثمنا او لم يسم عند ابي حنيفة رحمه الله وفي المبسوط بلفظ الفساد فيهما حيث
قال فاذا احدهما حر فالبيع فاسد فيهما ولا شك في ان البيع بطل في الحر واما في القن فكما
ذكر في اصول الفقه لشمس الائمة السرخسي رحمه الله يدل على ان العقد في القن فاسد ولا باطل
حيث قال ابو حنيفة رحمه الله فيما اذا باع حرا وعبدا وسمى ثمن كل واحد منهما لم ينعقد العقد صحيحا
ولم يقل لم ينعقد العقد اصلا **قوله** عقد غير عقد النكاح لان عقد النكاح عقد منة في الهبة
البدل والمغفرة فيه فلا يكون عقد النكاح فالعقد لا ينقلب عقدا آخر **قوله** فسد فيهما
اي في الفصلين وهو الجمع بين العبد والمدبر والجمع بين عبده وعبد غيره **قوله** وترك
التسمية عامدا كالميتة **فان قيل** ينبغي ان يجوز العقد فيما ضم اليه لانه مجتهد فيه
كالمدبر فان الشافعي رحمه الله قائل بحله **قلنا** حرمته منصوص عليها فلا مساغ للاجتهاد في
مورد النص فلا يعتبر خلافه ولا ينفذ بالقضاء ومن جمع بين وقف وملك صح في الملك
في الاصح **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين بيانه ان من جمع بين شيئين
في العقد فقد جعل قبول العقد في كل واحد منهما شرطا للعقد على الآخر ولهذا لا يملك
المشتري القبول في احدهما دون الآخر والحر والميتة لا يقبلان البيع اصلا لانهما ليسا
بمال فيكون جاعلا قبول العقد فيما لا يقبل العقد اصلا شرطا للعقد على العبد و
الذكية وهو شرط فاسد والبيع يفسد بالشروط الفاسدة بخلاف النكاح فانه لا يبطل
قوله والبيع صفقة واحدة فكان القبول في الحر شرطا في العبد **فان قيل** اذا بين
ثمن كل واحد منهما تكون الصفقة متفرقة فلا يكون القبول في الحر شرطا في العبد **قلنا**
اذا لم يتكرر الايجاب تكون الصفقة متحدة وان سمى لكل واحد من المبيع ثمنا وعند
اتحاد الصفقة كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة البيع في الآخر فكان قبول الحر شرطا
لصحة البيع في العبد وهو شرط فاسد فيفسد به البيع **فان قيل** الشرط الفاسد
هو ما يكون فيه منفعة لاحد المتعاقدين حتى يكون في معنى الربوا ولا يوجد ذلك في
اشتراط قبول الحر في حق القن فلا يفسد **قلنا** ذلك غير مسلم فان كل شرط بل وجود شرط
هو يخالف مقتضى العقد كان مؤثرا في افساد البيع ولئن سلمنا ذلك قلنا هو موجود
في قبول الحر ايضا وذلك لان قبول الحر يقبل البدل وبدل الحر مال متقوم والحر ليس بمال
فلا يكون مقابلا بمال فكان بدله خاليا عن العوض فكان بمعنى ذلك الا زيادة بلا عوض
بالفضل كان البائع قال بعت هذا العبد بخمسمائة على ان تسلم الي خمسمائة اخرى وهو
هو عين الربوا باعتبار انه فضل خال عن العوض في البيع وقالا انما يشترط قبول العقد

في احدهما

في احدهما لقبول العقد في الآخر اذا صح الايجاب فيهما حتى يكون المشتري ملحقا الضرر بالبائع في قبول العقد في
احدهما دون الآخر وذلك ينعدم اذا لم يصح الايجاب في الايجاب فصار هذا كما اذا اشترى عبدا ومكاتبا
او مدبرا فالبيع يفسد في المدبر والمكاتب ويبقى العقد صحيحا في العبد كذا ههنا وابو حنيفة رحمه الله يقول
البائع لما جمع بينهما في الايجاب فقد شرط في قبول العقد في كل واحد منهما قبول العقد في الآخر وقولهما
انه هنا في الايجاب الصحيح قلنا عند صحة الايجاب فيهما يكون هذا شرطا صحيحا ونحن انما ندعي
الشرط الفاسد وذلك عند فساد الايجاب لان هذا الشرط باعتبار جمع البائع بينهما في كلامه
لا باعتبار وجود المحلية فيهما ذكر الكرخي رحمه الله رجوع ابي يوسف رحمه الله في فصل من هذا الجنس الى قول
ابي حنيفة رحمه الله وهي مسئلة الطوق والجارية اذا باعهما بثمن مؤجل كما بيناه في الفرق واستدلوا برجوعه
في تلك المسئلة على رجوعه في جميع هذه المسائل لان الفرق بينهما لا يتضح **قوله** وكذا في ام
الولد عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وهذا بناء على ان جواز بيع ام الولد مختلف بين الصحابة
فجوز علي رضي الله عنه بيع ام الولد والباقون لم يجوزوه ثم اجمع المتاخرون على عدم جواز بيع ام الولد
والاجماع المتاخر يكون رافعا للاختلاف المتقدم عند محمد رحمه الله وعندهما لا يكون فلهذا يجوز
بيعها بقضاء القاضي عندهما **قوله** الا ان المال هذا استثناء من قوله وقد دخلوا تحت
العقد **قوله** فكان هذا اشارة الى البقاء وكان قوله بعد والبيع اشارة الى انعقاد البيع
بقاؤه حتى يحتاجوا الى الرد **قوله** وهنا لا يكون شرط القبول في غير المبيع لدخولهم تحت
العقد ولا بيعهما بالحصة ابتداء لانعقاد العقد وبقائه فيهم والله اعلم **فصل**
في احكامه واذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بامر البائع وفي العقد عوضان كل واحد
منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وفائدة هذه القيود ظاهرة وانما وجبت القيمة في البيع
الفاسد لان الاصل ان ينعقد البيع بقيمة المبيع لان العدل فيه الا ان في القيمة جهالة
لاختلاف المقومين فاقيم المسمى مقامها صيانة البيع عن الفساد واذا فسد البيع بوجه
آخر تعذر العدول عن القيمة الى المسمى فيعاد الى الاصل **قوله** وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه
وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا فلا ينال به نعمة الملك لاشتراط الملائمة بين المؤثر
الاثر والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى درك المطالب **قوله** ولان
النهي نسخ للمشروعية اي على اصل الشافعي رحمه الله للتضاد لان المشروعية تقتضي كونه حسنا و
كونه منهيا عنه يقتضي كونه قبيحا وبينهما تضاد **قوله** ولهذا لا يفيد قبل القبض يعني ان البيع
على ما شرع الله يوجب الملك بنفسه لا بالقبض فاذا اتصل به ما منعه من الملك تحقق
مانعا لقيام العلة بالحكم فلما انتفى المانع للحكم مع القبض كان المنع ثابتا بخلاف الهبة فانها
لا توجب الملك الا بالقبض لانها ليست بعلة في نفسها بدون القبض فكان عدم ثبوت
العمل لنقصان في العلة لا للمانع وثبوت الضمان بالقبض ليس من حكم انعقاد العقد كالمقبوض

Copyright King Saud University

بالقيمة

على سوم الشراء فانه مضمون بالعقد ولا عقد **قوله** وهذا الكلام اى الخلاف فيما اذا كان مبادلة
المال بالمال اما اذا لم يكن العوضان او احدهما مالا فالبيع باطل اجماعا لعدم ركنه ولا نزاع
فيه **قوله** والنهى يقرر المشروعية عندنا لاقتضائه التصور لانه يقتضى تصور المنهى عنه
اذ النهى عما لا يتصور لغو لان النهى يراد به عدم الفعل مضافا الى اختيار العبد فيقصد تعدى
ليكون العبد مبتلى بين ان يكف عنه باختياره فيثاب عليه وبين ان يفعله باختياره
فيعاقب عليه وتصور المشروع شرعيته فكان النهى لمعنى فى غير المنهى عنه فيصير مشروعا
باصله غير مشروع بوصفه فيصير فاسدا فيثبت الملك لان نفس الملك ما تعلقت بالمحظور بل
بالمشروع وهو البيع **قوله** وانما المحظور ما يجاوره **فان قيل** هذا من قبيل ما اتصل به
فى المعنى وصفا لا من قبيل ما يجاوره المعنى جمعا كما عرف فى اصول الفقه **قلنا** اراد
بالمجاورة ان الفساد لمعنى فى غير المنهى عنه وهو الشرط الزائد مثلا **قوله** كالبيع
وقت النداء فان المنهى عنه غير مرد لمعنى غير المنهى عنه وهو الاشتغال عن السعى بسبب البيع
والاشتغال عن السعى غير البيع **فان قيل** ذلك البيع مكروه وهذا فاسد فما وجه الالحاق
قلنا هما متحدان فى ان النهى فيهما غير راجع الى عين المنهى عنه ومن هذا الوجه صار حكم
المتصل وصفا كحكم المجاور جمعا فيصح قياس احدهما على الآخر لاشتراكهما فى امر هو نفس
المصرح والغرض ان عرض المصر بيان ان حكم المنهى عنه ليس هو البطلان كما هو كذلك عند
الخصم ثم الكراهة مع الفساد شيئا كان من حيث ان كل واحد منهما ليس باطل ويفترقان
من حيث ان ذلك الغير هنا متصل به وصفا فاثر فى الفساد وثمة مجاور فاثر فى الكراهة
اظهارا للمقصود **قوله** لئلا يؤدى الى تقرير الفساد المجاور وذلك لانا لو اثبتنا الملك قبل
القبض لكنا منتزعين ذلك بالبيع الفاسد لانه لا موجب للملك هنا لك سواه والبيع مشروع
بشرع الله تعالى وكان الفساد مضافا الى الشارع فكان فيه تقرير الفساد ولا يجوز ذلك
واما لو قلنا بثبوت الملك بعد القبض كان القبض مثبتا للملك لوجوب الضمان على
القابض كما فى القبض على سوم الشراء وكان تقرير الفساد مضافا الى العباد وذلك
ليس ببعيد ولانه لو يثبت الملك قبل القبض لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان
القيمة لا يجب الا بالقبض ولان القبض واجب الدفع والنقض بالاسترداد بعد القبض نفيا
للفساد المتصل به فلان لا يجب الملك قبل القبض حتى يثبت الامتناع عن المطالبة اولى
لان هذا اسهل والنقض عن الحيلة لو قلنا يسلم ثم يسترد المبيع من المشترى بعد القبض
كان فيه نوع عيب **قوله** ولان العيب قد ضعف لمكان اقترانه بالقبح فيعتبر السبب
الملك قد ضعف لاقتران الشرط الفاسد به والمتقى اذا كان ضعيفا واهيا لا يترتب
عليه حكمه وموجبه الا بانضمام ما يؤكده كما فى الهبة فيكون انضمام الملك قبل القبض تعدد

البـ

السبع بنفسه لمانع آخر **قوله** فقد خرجناه وهو ما ذكرنا فى اول الباب ان البيع هو المعقود فى
البيع وفى جعل الخمر ثمنا مقصودا اعزاز له والشرع امر باهانته وترك اعزازه فكان بيع
الخمر باطلا **قوله** ونقض آخر على بطلان بيع الخمر وهو ان الواجب فى بيع الخمر هو القيمة وهذا
لان الخمر اذا جعل ثمنا فلما انعقد هذا البيع انما ينعقد لوجوب القيمة ضرورة عجز المسلم
عن تسليم الخمر وعليكم كالنصرانى اذا تزوج نصرانية على خمر ثم اسلم تجب القيمة والقيمة الواجبة
فى الذمة لا تصلح ثمنا لان القيمة هى الدراهم والدنانير اذ بهما تقوم السلع وهما ثمنان خلقة
يصيران ثمنا **قوله** ثم شرط ان يكون القبض باذن البائع اراد بقوله بامر البائع ليعلم
بهذا ان المراد من الامر الاذن **قوله** وهو الظاهر اى شرط الاذن للقبض ظاهر الرواية لانه
لا يكتفى به اى بالاذن دلالة **قوله** وهو الصحيح احترازا عما ذكره صاحب الايضاح وسماها
الرواية المشهورة فقال فيما قبضه بغير اذن البائع فى البيع الفاسد فهو كما لم يقبض وهذه
الرواية المشهورة ثم قال فقد ذكر فى الزيادات انه اذا قبضه بحضرته ولم ينهه انه يثبت الملك وان
لم يحضر فلا لان العقد تسليط على القبض فاذا قبضه بحضرته ولم يمنعه ثبت الملك
ووجه المشهور من الروايتين ان العقد اذا وقع فاسدا لم يتضمن تسليطا على القبض لان
التسليط لو ثبت انما يثبت مقتضيا شرعا والفاسد يجب عدمه فلم يثبت المقتضى وهو
التسليط على القبض وهذا الخلاف ما اذا وهب فانه يكون تسليطا على القبض استحسانا
ما دام فى المجلس لان التصرف وقع صحيحا فجاز ان يكون تسليطا بمقتضاه **قوله** والبيع
مع نفى الثمن اى فى رواية لانه اذا نفى الثمن فقد نفى الركن عن العقد فلم يكن بيعا وفى
رواية ينعقد لان نفيه لم يصح لانه نفى لحكم العقد فاذا لم يصح منه صار كانه سكت عن ذكر
ذكر الثمن ولو باع وسكت عن ذكر الثمن ينعقد البيع ويثبت الملك بالقبض لان مطلق العقد
يقتضى المعاوضة فاذا سكت كان عوضه القيمة فكانه باع بقيمته **قوله** ولكل واحد من المتعاقدين
فسخه بدفعه اى لكل واحد منهما ولاية الفسخ لان في ثبوت الفسخ حق لكل واحد منهما لان الفسخ مستحق
حقا لله تعالى لان اعدام الفساد واجب وقبل القبض لم يفد حكمه فيكون الفسخ امتناعا عنه
لكنه توقف على حضرة الآخر لانه الزام موجب الفسخ فلا يلزمه الا بعلمه **قوله** وكذا بعد القبض
اذا كان الفساد فى صلب العقد صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام العقد بالعوضين
فكل فساد يكون فى احد العوضين يكون فسادا فى صلب العقد كبيع درهم بدرهمين وبيع
ثوب بخمر او خنزير لقوة الفساد فيجب اعدامه حقا للشرع وان كان الفساد بشرط
زائد بان باع الى اجل مجهول فلمن له الشرط ذلك دون من عليه لقوة العقد وفى
الايضاح هذا قول محمد رحمه الله لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان الفسخ منه
صحيحا فاما اذا فسخ الآخر فقد ابطل حقه لانه كان قادرا على تصحيح العقد بحذف

الشرط وهما يقولان بان الفسخ يتحقق شرعا فانا ننفي الذمم عن العقد ومن لم الشرط ولكان قياما
على التصحيح بالحذف ولكن الكلام قبل الحذف **قوله** وسقط حق الاسترداد لتعلق حق العبد
بالثاني **فان قيل** كان ينبغي ان ينقطع حق استرداد البائع من وارث المشتري شراء فاسدا لتعلق
تعلق حق الوارث ولم ينقطع كما لم يبق له حق الاسترداد من الموصى له **قلنا** انما كان كذلك
لان ملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه وذلك
الملك كان مستحق النقض فانتقل الى الوارث كذلك حتى لو مات البائع كان للوارث
ان يسترد المبيع من المشتري بحكم الفساد واما الموصى له فهو بمنزلة المشتري الثاني
لان له ملكا متجددا الثبوت بسبب اختياري منشئ ولهذا لا يرد بالعيب **قوله** وحق العبد
مقدم لحاجته **فان قيل** يشكل على هذا ما اذا كان حلالا وفي يده صيد ثم احرم يجب
عليه ارساله وفيه تقديم لحق الله تعالى على حق العباد **قلنا** الواجب الجمع بين الحقين و
انما يصار الى الترجيح اذا لم يمكن وههنا امكن بان يرسل من يده في موضع يحيث لا يضيع
ملكه **قوله** بخلاف تصرف المشتري في الدار المشفوعة وجه الورود انه لما قال سقط حق
الاسترداد لتعلق حق العبد ورد عليه ان تصرفات المشتري من البيع والهبة وغيرهما
صحيحة كتصرف المشتري شراء فاسدا ومع ذلك يبقى للشفيع نقض هذه التصرفات لان
ان كل واحد منهما حق العبد وكل واحد من تصرف الشفيع والمشتري مشروع غير
موصوف بالفساد فلما استويا في هذين الوصفين ترجح حق الشفيع لمعنيين احدهما
ان حق الشفيع مقدم فالترجيح للاسبق والثاني ان هذه التصرفات التي وجدت
من المشتري في الدار المشفوعة ما وجدت بتسليط من الشفيع حتى يقال بان في
نقضها سعيا في نقض ما تم من جهته بخلاف البيع بيعا فاسدا فان تصرف المشتري هناك
وان وجد بتسليط من البائع فلا يجوز له نقض تصرفات المشتري ثم اذ لو جاز يلزم السعي
في نقض ما تم من جهته وفي الذخيرة لان التسليط انما يثبت بالاذن نصا او باثبات
الملك للمتصرف ولم يوجد واحد منهما من الشفيع **فان قيل** في نقض البيع الاول ايضا
سعي في نقض ما تم من جهته **قلنا** ذلك باعتبار رفع الفساد لا باعتبار نقض ما تم
من جهته فلما باع المشتري شراء فاسدا جعل ذلك للعين غير ذلك العين لان تبدل
الاسباب نزل منزلة تبدل الاعيان فلم يبق له حق الاسترداد بعد ذلك اذ لو بقي له حق
الاسترداد اذا يكون فيه السعي في نقض ما تم من جهته حاصلا ان البيع الثاني صحيح
قوله ولا فساد فيه حال حتى يمكن الاسترداد منه الى رفع الفساد بخلاف البيع الاول
قوله الا انه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب وفك الرهن لزوال المانع وهذا انما يكون
ان لو كان عجز المكاتب وفك الرهن قبل قضاء القاضي بالقيمة وكذا لو رجع في الهبة

بقضاء

بقضاء القاضي اما بعد ما رده عليه بالعيب قبل ان يقضي القاضي عليه بالقيمة يعود حق الاسترداد للبائع
وان بعد قضاء القاضي نفذ لتحول الحق الى القيمة فلا يعود الى العين بعد ذلك كما لو ابق المغصوب
فقضى القاضي بالقيمة ثم عاد كذا في المبسوط **قوله** وهذا بخلاف الاجارة لانها تفسخ بالاعذار
ولم يذكر محمد رح من يفسخ الاجارة وذكر في النوادر ان القاضي هو الذي يفسخ والتزويج
يشبه الاجارة لورود كل منهما على المنفعة والبيع يرد على ملك الرقبة والفسخ يرد على ملك الرقبة
ايضا فتعلق حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على ملك الرقبة والنكاح على حاله قائم كذا
في الذخيرة والايضاح **قوله** وليس للبائع في البيع الفاسد ان ياخذ المبيع حتى يرد الثمن و
ذكر الامام التمرتاشي رح اذا اشترى عبدا بيعا فاسدا او استاجر اجارة فاسدة ونقد الثمن
والاجرة او ارتهن رهنا فاسدا او اقرضه قرضا فاسدا واخذ به رهنا فله ان يحبس ما اشترى
وما استاجره وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لان هذه
عقود معاوضة توجب التسوية بين البدلين فان مات البائع او المؤاجر والراهن او
المقرض فالمستقرض فالمشتري في العبد والرهن احق بثمنه من غرمائه بخلاف ما اذا
مات المحيل وعليه دين ولم يكن يقبض المحتال له الدين او الوديعة من المحتال عليه لا يختص
المحتال به بين الحوالة والوديعة **فان قيل** دين المحيل على المحتال عليه صار مشغولا بحق
المحتال له فيجب ان يكون المحتال له احق كما في الرهن **قلنا** بحق المحتال وان ثبت له اليد
لم يوجب له اختصاصا كالماذون اذا لحقه دين يتعلق حق صاحب الدين برقبته وكسبه ثم
لو لحقه دين آخر كان رقبته وكسبه بين الكل بالحصص **قوله** فيصير محبوسا به اي
بالثمن كالرهن يصير محبوسا بالدين الا ان الرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين
وهنا البيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب **قوله** وهو الاصح احتراز عن رواية ابي
حفص رح قال الامام التمرتاشي رح ذكر بكر رح فان كانت النقود قائما هل يتعين على رواية
ابي حفص رح لا وعلى رواية ابي سليمان يتعين وعلى هذا يجب ان يكون المقبوض بقرض فاسد
وكذا لو باع دراهم بدراهم الى اجل وهو فاسد فهل يتعين المقبوض الرد فهو على الروايتين
كذا في الجامع الدراهم في البيع الفاسد انما يتعين اذا كان البيع الفاسد صريحا وان لم
يكن صريحا لا يتعين **قوله** لانه بمنزلة المغصوب اي الثمن في يد البائع بمنزلة المغصوب
قوله لما بيناه اشارة الى انه بمنزلة المغصوب والحكم في المغصوب كذلك **قوله** وحق
الشفيع اضعف ولهذا يحتاج الى القضاء او الرضاء ولا يورث بخلاف حق البائع
بها ثبت حق البائع في الاسترداد من غير قضاء ولا رضاء المشتري ويورث هذا الحق
ولا يورث حق الشفعة وكذا حق البائع انضم اليه حق الشرع حتى يجب عليهما نقض
هذا البيع ولا يجب على الشفيع الاخذ بالشفعة ثم ينقض بناء المشتري بحق الشفيع لحق

البايع اولى ولابي حنيفة رحمه الله ان البناء والغرس مما يقصد به الدوام اذ البناء ليس للنقض والغرس
ليس للقطع والمشتري يتضرر بنقض البناء والغرس ضررا بلا جابر والبايع يتضرر مع جابر
مع انه حصل بالتسليط فكان رعاية حق المشتري اولى فينقطع للبايع حق الاسترداد كما لو
باعه المشتري بيعا صحيحا بخلاف الصبغ لانه لم يحصل البناء بتسليط الشفيع **فان قيل**
اذا نقض البناء والغرس على تقدير الاخذ بالشفعة يجب ان يعود حق البايع في الاسترداد
لزوال المانع كما اذا باعه المشتري بيعا صحيحا بخلاف الشفيع لانه لم يحصل البناء بتسليطه
ثم انتقض البيع بما هو نقض من كل وجه **قلنا** المانع من الاسترداد قد زال بعد ثبوت
الملك للشفيع وملك الغير ما ثم عود حقه كما لو كان المشتري الثاني الا ترى ان المشتري
لو باعها نقض الشفيع البيع الثاني وهو لا يعيد حق البايع في الاسترداد ولان نقض
البناء انما وجب ضرورة بقاء حق الشفيع فلو عاد حق البايع لصار عائدا على موضعه
بالنقض لانه صار بنقض البناء للشفيع فيكون له لا لانه لا يكون له ولان النقض يقتضي
صحة التسليم الى الشفيع فلم يجز ان يثبت ما يقتضي تناقضا للمقتضى وهو عدم التسليم الى
الشفيع **قوله** وشك يعقوب في حفظ هذه الرواية يعني شك انه هل سمع من ابي
حنيفة رحمه الله انه ينقطع حق البايع ببناء المشتري في الشراء الفاسد ام لا ولم يشك في الاختلاف
نص محمد رحمه الله على الاختلاف في ثبوت الشفعة وثبوت حق الشفعة مبني على انقطاع حق
البايع من الاسترداد فيكون نصا على الاختلاف في انقطاع حق البايع بالبناء لان التنصيص
على الاختلاف في الفرع يكون تنصيصا على الاختلاف في اصل ذلك الفرع **قوله** والفرق بين
الجارية مما يتعين والاصل ان الخبث نوعان خبث لعدم الملك ظاهرا وخبث لفساد الملك
المال نوعان ايضا ما يتعين كالعروض وما لا يتعين كالنقود فالخبث لعدم الملك يعمل في النوعين
كالمودع او الغاصب اذا تصرف في العروض او النقود وادى ضمانها الى المالك فانه يتصدق
بالربح عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لتعلق العقد بمال غيره ظاهرا فيما يتعين فيتمكن حقيقة
الخبث وفيما لا يتعين يتمكن شبهة الخبث لتعلق العقد به من حيث انه سلامة المبيع
او تقدير الثمن فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث واما
الخبث لفساد الملك يعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك
فينقلب حقيقة الخبث فيما يتعين هناك شبهة هنا فيعمل وشبهة فيما لا يتعين لم تعمل
شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر **قوله** وكذا اذا ادعى على آخر مالا الى الدراهم والدنانير **قوله**
لان الدين وجب بالتسمية اي تسمية تصادقهما لان الموجب مؤاخذ باقراره في الحكم واذا تصادقا ان
ان الدين لم يكن عليه صار بمنزلة ما لو استحق الدين فيفسد الملك في عوضه لان بدل
المستحق مملوك ملكا فاسدا كما لو باع امته بالف ثم تقابضا واستحقت الالف كان الثمن مملوكا

للبايع

للبايع ملكا فاسدا فالربح يطيب له عليه ولكن لا يبطل فيتمكن فيه شبهة عدم الملك فلو حصل الربح
في دراهم غير مملوكة تمكن في الربح شبهة الخبث فاذا حصل من دراهم فيها شبهة عدم الملك
كان فيه شبهة شبهة الخبث فلا تعتبر **فصل** قال ونهى رسول الله صلى الله عليه
وسلم عن النجش بفتحتين ويروى بالسكون وهو ان يستام السلعة بازيد من ثمنها ولا يريد
شراءها بل ليراه الآخر فيقع فيها وكذلك في النكاح وغيره ومنه الحديث نهى عن النجش ولا
تناجشوا اي لا تفعلوا ذلك كذا في المغرب قوله صلى الله عليه وسلم لا يستام نهي بصيغة النفي
وهو ابلغ وعن تلقي الجلب جلب الشيء جاء به من بلد الى بلد للتجارة جلبا والجلب المجلوب ومنه
نهى عن تلقي الجلب كذا في المغرب **قوله** وهو ان يبيع من اهل البلد طمعا في الثمن الغالي وقيل هو
ان يتلقى المصري مما جاء من خارج المصر يتغالى في القيمة **قوله** ثم فيه اخلال بواجب السعي على بعض
الوجوه يعني اذا انقضى او ضيقا فاليمين لتحل البيع واما اذا كانا يمشيان ويتبايعان فلا باس بذلك **قوله**
وقد ذكرنا الاذان المعتبر فيه وهو قوله والمعتبر هو الاذان الاول اذا كان بعد الزوال ولا يفسد
البيع حتى يجب الثمن ويثبت الملك قبل القبض **قوله** وتفسيره ما ذكرناه وهو قوله واذا لم يركن
احدهما الى الآخر فهو بيع من يزيد **قوله** ما فعل الغلامان اي ما حالهما **قوله** ويروى انه رأى
استرد **قوله** ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب كامرأة
الابن ولا قريب غير محرم كابن العم **فان قيل** اليس ان الحربي اذا دخل دارنا بغلامين اخوين
صغيرين بامان فاراد ان يبيع احدهما فلا باس بالشراء منه وان كان فيه تفريق **قلنا** لو لم نشتره منه
لعاد به الى دار الحرب فشراؤه انظر من مراعاة التفريق ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز
بينهما لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده وهو القرابة المحرمة **فان قيل** قوله
لان النص ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده مخالف لما ذكر قبله من المعنى المعقول
وهو قوله ولان الصغير يستانس بالصغير وبالكبير ويتعاهده الخ **قلنا** النص لا بد وان يكون
معقولا لان الشارع لا يتناقض حجة كما قلنا في حديث القهقهة معنى معقول وهو ان القهقهة
جناية في مقام المناجاة مع الرب فاوجبت نقض الطهارة جزاء الجناية بنقض مقصوده من
البقية في الصلوة تلك الطهارة وكذلك نقول في السلم انها شرعت لدفع الحاجة وكذا الشرع في
بقاء الصوم مع الاكل ناسيا ان فساد الصوم يتعلق بركنه والمقام مختار والناسي ليس بمختار في
الترك بل هو مجبول عليه من جانب من له الحق ومع ذلك نقول هذه النصوص وردت
بخلاف القياس لمخالفة الدليل الظاهر فعلم بهذا ان مطلق وجود المعنى لا يدل على ان يكون النص
معقول المعنى بل يكون مخالفا للقياس لمخالفة الدليل الظاهر وههنا كذلك لان الصغيرين
ملكه والملك عبارة عن المطلق الحاجز والقياس الظاهر يقتضي ان يجوز تصرفه فيه بالجمع و
التفريق كما يجوز تصرفه في سائر الاملاك سوى العبيد والاماء بينهما في الكبيرين ولهذا سمي

نقد

بخلاف القياس مع امكان فيه معنى معقول من وجه آخر كما فى النظائر قوله لما ذكرنا اى من ان البيع
ورد بخلاف القياس فيقتصر على مورده قوله ويبعد بالدين بان استهلك احدهما مال
انسان وكذا اذا كان ماذونا فلحقه دين بان باع شيئا ولم يحصل التفرق فيرده بالعيب بان اشترى
فوجد احدهما عيبا وكذا اذا لم يكن احدهما محل البيع بان كان مدبرا او مكاتبا قوله لمعنى مجاور
وهو الوحشة وذلك ليس من البيع فى شيء والنهى متى كان لمعنى فى غير المنهى عنه لا يفسد
العقد كالنهى عن البيع وقت النداء وكذا فى المبسوط قوله كراهة الاستيام اى السوم
على سوم غيره وقوله عليه السلام لعلى رضى ادرك محمول على طلب الاقالة او بيع الآخر عن
باع احدهما منه قوله الشيخ يعنى ما ورد من النص لان كل واحد منهما يقوم لحوائجه بهما الا
يتاذى احدهما بالآخر بل يتأذى احدهما من الآخر باحسان السيد الى احدهما والله اعلم

باب الاقالة

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب كاشكى اى ازال القول
السابق وهذا سهو لوجوه احدها انهم قالوا قلته البيع بالكسر وقلته تدل على ان العين
ياء والثانى ان فى الصحاح اورد اقالة البيع فى ذكر القاف مع الياء لا فى ذكر القاف مع الواو
فقال واقلت البيع اقالة وهو فسخه وربما قالوا قلته البيع والثالث انه ذكره فى مجموع اللغة
فى القاف مع الياء وقال البيع قيلا واقالة فسخه ووجه التمسك بهذا الحديث فى اثبات
جواز الاقالة ظاهر لان النبى عليه السلام ندب الى الاقالة بما يوجب الحرص من الثواب
الاصل ان الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وثابتة كونها فسخا فى حقهما يظهر فى مواضع
احدها ان يجب على البائع رد الثمن وما نطقا الى العاقدان بخلاف الشرط والثانى ان الاقالة
لا تبطل بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع ويبطل بها عند ابى يوسف رح فى الموضع الذى
يجعلها بيعا والثالث بعد ما تقايلا قبل ان يسترد البيع من المشترى باعه من المشترى
جاز المشترى البيع لانه فسخ فى حقهما ولو كان بيعا لما جاز بيعه منه قبل القبض ولو باعه
من غير المشترى لا يجوز البيع لان فى حق غيرهما بيعا جديدا وثابت كونها بيعا فى حق غيرهما
تظهر فى مواضع ايضا احدها ان المبيع لو كان عقارا ما يجب فيه الشفيع الشفعة فى
اصل البيع ثم تقايلا البيع وعاد المبيع الى ملك البائع فطلب الشفيع الشفعة فى الاقالة
كان له ذلك لانها بمنزلة البيع فى حق ثالث والثانى ان المبيع لو كان صرفا فالتقابض من
كلا الجانبين شرط لصحة الاقالة فيجعل فى حق الشرع كبيع جديد والثالث انه لو اشترى شيئا
وقبضه قبل نقد الثمن ثم باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشترى ثم ان البائع اشتراه من المشترى
باقل من الثمن قبل النقد جاز نقصا فى حق البائع كانه ملك بسبب جديد والرابع ان الباعة
لو كانت هبة فى يد البائع ثم تقايلا فليس للواهب ان يرجع فيها لو كان البائع اشتراها فى
حق الواهب كذا فى شرح الطحاوى قوله الا ان لا يمكن جعله فسخا فيبطل بان ولدت المبيعة ولدا

بعد

بعد القبض لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وابو حنيفة رح يقول لا يصح الا ان
الا بطريق الفسخ وعند ابى يوسف رح هو بيع الا ان لا يمكن جعله بيعا فيجعل فسخا كما لو تقايلا
فى المنقول قبل القبض وتقايلا فى بيع العرض بالعرض بعد هلاك احدهما الا ان لا يمكن جعله
فسخا ايضا فحينئذ يبطل الاقالة فى نفسها كما فى العرض بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما
لو تقايلا فى المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الاول بطلت الاقالة لانه تعذر اعتبارها
بيعا لان البيع المنقول قبل القبض لا يجوز وتعذر اعتبارها فسخا ايضا لان الفسخ انما يكون بالثمن
بالثمن الاول وقد سميا ثمنا آخر وعند محمد رح هو فسخ كما قال ابو حنيفة رح حتى لو تقايلا بمثل الثمن
الاول بعد الزيادة المنفصلة او بما قل يكون فسخا الا اذا تعذر جعله فسخا بان تقايلا بعد القبض
بالثمن الاول بعد الزيادة المنفصلة او تقايلا بعد القبض باكثر من الثمن الاول او بخلاف جنس
الثمن الاول فهو بيع كما قال ابو يوسف رح الا ان لا يمكن جعله بيعا ولا فسخا فيبطل كما فى بيع العرض
بالدراهم اذا تقايلا بعد هلاك العرض وكما اذا تقايلا فى المنقول او غيره قبل القبض على خلاف
جنس الثمن الاول وعلى المنجرة ثم هذا الخلاف الذى ذكرنا فى الاقالة اذا حصل الفسخ بلفظ الاقالة
واما اذا حصل بلفظ المفاسخة او المتاركة او الرد فانها لا يجعل بيعا وان امكن جعلها بيعا قوله
يتوفر عليه قضيته اى يتوفر على اللفظ ما اقتضاه من موضوعه اللغوى وقضية لفظ الاقالة
ههنا الفسخ والرفع فيجعل فسخا ولابى يوسف رح انه مبادلة المال بالمال بالتراضى وهذا هو حد
البيع فيجعل بيعا فان قيل ينتقض هذا بالبيع المبتدأ بهذا اللفظ حيث لا ينعقد البيع بلفظ
الاقالة اصلا ولو كان لفظ الاقالة محتملا لمعنى البيع لانعقد به لاحتمال اللفظ ووجود
معنى البيع لاحتمال اللفظ ووجود معنى البيع كما ذكرنا قلنا نعم عند بعض المشايخ انه
ينعقد ثم مع ولئن سلمنا فالفرق بينهما هو ان قوله اقلتك العقد فى هذا العبد بالف درهم
لم يكن بينهما عقد اصلا فتعذر تصحيحها بيعا لان الاقالة اضيفت الى ما لا وجود له فبطل فى
مخرجها وما نحن فيه ليس كذلك لان الاقالة اضيفت الى ما له وجود سابق العقد
قبلها فلم يلزم من ارادة المجاز فى باب الصور عند عدم دلالة الدليل على المجاز الى هذا
اشار فى فوائد الظهيرية قوله وهذه احكام البيع وهى بطلان الاقالة بهلاك السلعة
فى يد المشترى بعد الاقالة والرد بالعيب وثبوت الشفعة بها يدل على ان الاقالة بيع
فالاستدلال بالاثر على العلة انما يصح اذا كان ذلك الاثر مخصوصا بتلك العلة كالاستدلال
بالدخان على النار وهذه الاحكام بهذه المثابة لانها لا توجد بدون البيع فيصح الاستدلال
بها بخلاف الملك فانه غير مختص بالبيع قوله ولابى حنيفة رح ان اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ
الى ان قال فتعين البطلان فان قيل اعمال اللفظ من المعانى عند دلالة الدليل عليه
اولى من الابطال ثم فى لفظ الاقالة لما تعذر اعتبار الحقيقة وجب ان يجعل عبارة عن البيع

King Saud University
Copyright © King Saud University

المستعار لان اللفظ يحتمل الاثر يعنى انا جعلناه بيعا فى حق الثالث **قلنا** ان اللفظ لا يحتمل البيع البتة
لتضاد بين اللفظين وضعا فان الفسخ ضد العقد لا محالة واللفظ كيف يجعل مجازا عن ضده و
اما فى حق الثالث فنحن ما جعلنا اللفظ مجازا عن البيع فى حقه ولكن لما ثبت حكم البيع لهذا اللفظ
وهو حصول الملك للبائع ببدل اظهرنا هذا الموجب فى حق ثالث اما فى حقهما فاللفظ اذ لم
يمكن اعتباره لحقيقته ولا يصح مجازا عن البيع لغا فى نفسه كذا فى الايضاح وذكر فى فوائد
الظهيرية ولا بى حنيفة رح ان الاقالة رفع وفسخ والعقد اثبات وتحقيق فكانت بينهما منافاة فلا
يمكن ان يستعار احدهما للآخر والمجاز حسنما يجوز باعتبار اشتراكهما فى معنى يوجد
فيهما باسره ان الشجاع يسمى اسدا لاشتراكهما فى معنى الشجاعة واما الجواب لابى حنيفة رح عما
استدل ابو يوسف رح من احكام البيع فى الاقالة بعد الاقالة وجود تلك الاحكام المخصوصة
بالبيع تلك النتائج تبدل الاحكام من حكم الى حكم كدم الاستحاضة اخرجته عن حكم الحيض ولا يغير
الحقائق وفساد الاقالة عند هلاك المبيع وثبوت حق الشفعة من الاحكام فجاز ان يثبت
ضمنا للاقالة اما لا يخرج الاقالة عن حقيقتها وهى الفسخ **قوله** وكونه بيعا فى حق الثالث جواب
سوال يرد على قول ابى حنيفة رح **قوله** بخلاف البيع يتعلق بقوله لتعذر الفسخ على الزيادة اى يتعذر
الفسخ على الزيادة ولا يتعذر البيع بالزيادة كما اذا باع درهما بدرهمين فان البيع لا يفسد بل يصح
درهم زائد ولا يجعل كأنه باع درهما بدرهم ويبطل الدرهم الزائد حتى يصح البيع لان الزيادة يمكن
اثباتها فى البيع لانها اثبات ما لم يكن ثابتا فيتحقق الربوا ولا يمكن اثبات الزيادة فى الاقالة لانها
رفع ما كان ثابتا ورفع ما كان زائدا على ما كان محال وهذا يويد قولنا لابى حنيفة رح ومحمد رح انها
فسخ اذ لو كانت بيعا لبطلت بالشرط الفاسد كالبيع لما بينا اشارة الى قوله لتعذر الفسخ
على الزيادة لان فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله من غير زيادة و
لا نقصان لان فى الفسخ على الزيادة رفع ما لم يكن ثابتا وفى الفسخ على النقصان يلزم رفع
عدم ما كان ثابتا ورفع المعدوم محال فكان ما فى الاحالة على السواء فلذلك بطلت الزيادة
والنقصان فى الاقالة **قوله** الا ان يحدث فى المبيع عيب فحينئذ جازت الاقالة بالاقل لان
الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب بعض مشايخنا قالوا تاويل المسألة ان يكون حصة العيب قدر
النقصان او اقل او اكثر مقدار ما يتغابن الناس فيه ولكن جواب الكتاب مطلق كذا فى الذخيرة
قوله لما بينا اشارة الى قوله لان الحط يجعل بازاء ما فات بالعيب **قوله** ولو ولدت المبيعة
ولدا ثم تقايلا فالاقالة باطلة عند ابى حنيفة رح هذا اذا ولدت بعد القبض اما اذا ولدت
قبل القبض فالاقالة صحيحة عنده وحاصله ان الجارية اذا ولدت ثم تقايلا ان كان قبل
القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد والعلة والكسب
والعقر لان الزيادة قبل القبض لا يمنع الفسخ متصلة كانت او منفصلة وان كانت الزيادة بعد

القبض

القبض لو كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند ابى حنيفة رح لانه تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة ولا يجوز
لا يجوز الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة عنده لان الزيادة
المتصلة عنده لا تمنع الفسخ بخيار الرد ممن له حق فى الزيادة وقد وجد الرضا ههنا بالتقايل
فامكن تصحيحها فسخا عنده كذا فى الذخيرة **قوله** وهلاك الثمن لا يمنع صحة الاقالة وهلاك
المبيع يمنع منها لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد فيقتضى قيام المبيع وقيام
المبيع لا بالثمن لان البيع محل اضافة العقد بخلاف الثمن وهذا لان الثمن انما يثبت له حكم
الوجود فى الذمة بالعقد فهما يكون وجوده بالعقد يكون حكما للعقد وحكم العقد لا يكون
محلا للعقد لان محل العقد شرط العقد وشرط الشئ يسبقه وحكم الشئ يعقبه وبينهما
تناف ولهذا اذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع بخلاف ما لو هلك الثمن ولو تقايضا
يجوز الاقالة بعد هلاك احدهما **قوله** ولا يبطل بهلاك احدهما اى لا يبطل الاقالة بعد
وجودها بهلاك احدهما **قوله** لان كل واحد منهما مبيع **فان قيل** فى التصادف الخ كل واحد
من البدلين مبيع ويجوز الاقالة بعد هلاكهما **قلنا** لان المعقود عليه فى التصادف ما استوجب
كل واحد منهما فى ذمة صاحبه الا ترى ان بعد الاقالة لا يلزمه رد المقبوض بعينه ولكن
انشاء رده وانشاء رد مثله فلا يكون هلاك المقبوض مانعا صحة الاقالة وان كانت فى
العوضين جميعا الاسل كانت الاقالة لا يتعلق باعيانهما لو كانا قائمين صار هلاكهما كقيامهما
بخلاف بيع العروض بالعروض ثم الاقالة تصح بلفظين احدهما يعبر به عن المستقبل نحو ان يقول
اقلنى فيقول الآخر اقلتك وقال محمد رح لا يقوم الا بلفظين يعبر بهما عن الماضى اعتبارا بالبيع
ولهما ان الاقالة لا يكون الا بعد نظر وتامل فلا يكون قوله اقلنى مساومة بل كان تحقيقا
للتصرف كما فى النكاح وبه نأخذ

باب المرابحة والتولية

البياعات بحسب الثمن
الذى يكون بمقابلة السلعة انواع اربعة المساومة وهى التى لا يلتفت الى الثمن ومنها بيع الوضيعة
وهو البيع باقل من الثمن الاول ومنها المرابحة ومنها التولية وقولنا بحسب الثمن الذى يكون
بمقابلة السلعة يخرج الصرف **قوله** المرابحة نقل ما ملكه اى من السلع لا ما اذا اشترى الدراهم
بالدنانير لا يجوز بيع الدنانير بعد ذلك مرابحة المسألة فى فتاوى قاضيخان **قوله** بالعقد الاول
اى بما ملكه لان من غصب عبدا وابق العبد من يد الغاصب فقضى القاضى بالقيمة ثم عاد العبد
فللقاضى ان يبيع العبد مرابحة على القيمة التى اداها الى مالكه هذه المسألة ايضا فى فتاوى
قاضيخان **قوله** بالثمن الاول اى بما قام عليه لانه لو ضم الى الثمن الاول اجرة القصار والصباغ
والطراز والفتل جاز ولانه لو ملك اصل الثوب بميراث او هبة او وصية فقومه بقيمته
ثم باع مرابحة على تلك القيمة جاز والمسألة فى المبسوط **قوله** ولهذا كان مبناهما الصلاح
لقول الحجاج الى ان يعتمد فعل الزكى **قوله** ومن شرطهما حتى ان اشترى الحاجل ليس له ان

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

يبيعه مرابحة الا ببيان **قوله** ولا تصح المرابحة ولا التولية حتى يكون العوض مما له مثل اي العوض الاول
من ذوات الامثال فان لم يكن لكن المشتري ملك ذلك العوض الاول فبيعه لمن اذا لم يكن له مثل و
لم يملكه ايضا فاشتراه مرابحة او تولية يكون مشتريا بالقيمة وهي مجهولة لانها تعرف بالحزر والظن
فتمكن شبهة الخيانة فانه مانع من بيع المرابحة والتولية فاما اذا كان مالكا لذلك العرض
فاشتراه به او اشتراه به وبربح درهم صح وصورته ان يشتري رجل عبدا بثوب فسلم الثوب و
قبض العبد ثم ان بائع العبد ملك الثوب من آخر فاشترى العبد بائع العبد من الذي ملك
الثوب بذلك الثوب مرابحة بربح درهم او قفيز حنطة جاز وكذا ان باع العبد من البائع الاول
بذلك الثوب بربح درهم او قفيز حنطة جاز ولو اشتراه بذلك العوض بربح ده يازده و
هو ما اذا ملك العوض لا يجوز لانه اشتراه به وبجزء من قيمته وذلك يستدرك بالحزر
والظن فكان مجهولا وانما قلنا ذلك لان هذا اللفظ وهو ربح ده يازده انما يستعمل فيما
اذا قام السلعة بعشرة يبيعها باحد عشر من جنس ذلك الثمن الاول الذي اشتراه السلعة
به والثمن هنا وهو الثوب ليس من ذوات الامثال بل من ذوات القيم فيصير كانه باع العبد
بذلك الثوب بجزء من احد عشر جزءا من الثوب الجزء الحادي لا يعرف الا بالقيمة فيكون
تابعا بالثوب وبعض قيمته والقيمة مجهولة فلا يجوز وكذا لو باع العبد ممن لا يملك الثوب
بربح ده يازده لا يجوز ومعنى قولنا بربح ده يازده اي بربح مقدار درهم على عشرة دراهم
فان كان الثمن الاول عشرة كان الربح درهما وان كان عشرين كان الربح درهمين وان كان
ثلثين كان الربح ثلثة دراهم فتسمية ربح ده يازده تقتضي ان يكون الربح من جنس راس
المال لانه جعل الربح مثل عشر الثمن وعشر الشيء يكون من جنسه والثمن هنا ليس من
ذوات الامثال فلا يجوز ويزيد ما ذكرنا وضوحا مسئلة وهي ان من اشترى من رجل
عبدا بالف دراهم بجنسه نقد بيت المال وقبضه ثم باع مرابحة عليها بربح مائة درهم كان
المائة يكون من نقد الثمن جنس الثمن ولو باعه مرابحة بربح ده يازده فان الربح يكون
من الجنس لانه من نقد البلد ثبت ان هذا اللفظ تقتضي ان يكون الربح من جنسه **قوله**
وسوق الغنم بمنزلة الحمل لان القيمة تختلف باختلاف المكان بخلاف اجر الراعي لانه يستحق
الاجر باعتبار الحفظ وكرا بيت الحفظ لانه لا يزيد في العين ولا في المعنى الذي فيه
وبخلاف اجر التعليم فانه اذا انفق على غلامه في تعلم عمل من الاعمال دراهم لم يلحقها براس
المال وكذا الشعر والغناء والعربية واجر تعليم القرآن والحساب الا اذا كان فيه عرف
ظاهر بالحاقه كان له ان يلحقها لان زيادة المالية باعتبار معنى في المتعلم وان كان لا بد
من التعليم الا ان التعلم اخر الامرين وجودا فانه حصل بفعل مختار فيكون حصول
الزيادة مضافا اليه لا الى التعلم واجرة السمسار تضم ان كانت مشروطة في العقد بالاجماع

وان لم

وان لم يكن مشروطة بل كانت معروفة اكثر المشايخ على انها لا تضم ومنهم من قال تضم والماء الذي
الذي يوجد في الطريق لا يلحق براس المال قال رح لو كان في موضع جرت العادة فيما بين التجار
بالحاقه براس المال يلحق به ايضا وفي المبسوط وفي الحاق شيء براس المال المعتبر العرف الظاهر وما
يعمل بيده من قصارة او خياطة او ما اشبه ذلك من الاعمال لا يضم الى راس المال رجل اشترى
دجاجة وبيضها فباضت عنده ثلثين بيضة فباع البيضات بدرهم ثم اراد ان يبيع الدجاجة
مرابحة ان انفق على الدجاجة بقدر ثمن البيضات جاز لانه جعل ثمن البيضة عوضا عما
انفق وان لم ينفق لا يجوز وهذا هو الاصل في جنس هذه المسائل ان يقيد بما اصاب من
الزيادة اذا انفق من ماله لا يلزمه بيان ذلك في بيع المرابحة كذا في المحيط **قوله** فيكون
وصفا مرغوبا فيه لوجود الامن عن الغائب **قوله** منه وعن الربح بيانه فيما اذا باع ثوبا بعشرة
مثلا على ربح خمسة ثم ظهر ان البائع اشتراه بثمانية وباعه منه بعشرة على ربح خمسة يحط
قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان وما قابله من الربح وهو درهم فيأخذ الثوب باثني
عشر درهما وكذا لو اشترى ثوبا بعشرة ثم قال اشتريته باثني عشر وباعه بربح درهم يحط
درهمان وسدس درهم من الربح **قوله** يلزمه جميع الثمن في الروايات الظاهرة وهو المشهور
من قول محمد رح وعن محمد رح ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بثمن سلم اليه ماله
على اصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف **قوله** سقط احكام عن الاول لان الشفيع
اذا سلم الشفعة في العقد الاول فله الشفعة في العقد الثاني **قوله** كما اذا تخلل ثالث يعني
اذا باع المشتري الثاني من رجل غير البائع الاول ثم اشتراه منه البائع الاول **قوله** لانه يتأكد
بعدما كان على شرف السقوط بان يجد المشتري بالثوب عيبا فيرده ويسترد منه كل الثمن
ويبطل حقه في الربح وبالشراء ثانيا وقع الامن عن البطلان فاستفاد بالشراء الثاني
الثوب تأكد الربح الاول والتأكيد شبه بالايجاب حتى غرم شهود الطلاق قبل الدخول
نصف الصداق اذا رجعوا لان شهادتهم اكدت نصف المهر الذي كان على شرف السقوط
بالردة وتمكين ابن الزوج وبيع المرابحة يمتنع بالشبهة كما يمتنع بالحقيقة الا ترى انه لو كان
له على رجل عشرة دراهم فصالحه على ثوب لم يبعه مرابحة على عشرة لان مبنى الصلح على الحط
والمسامحة فلو وجبت حقيقة الحط لم يبعه مرابحة على عشرة فكذا اذا وجدت شبهة
نصا في الفصل الاول كانه اشترى في العقد الثاني ثوبا وخمسة دراهم بعشرة فالخمسة
بازاء الخمسة وبقي الثوب بخمسة فيبيعه مرابحة على خمسة وفي الفصل الثاني كانه اشترى
ثوبا وعشرة بعشرة فصارت العشرة بعشرة ولم يبق بمقابلة الثوب شيء فلا يبيعه مرابحة و
لا يقال على هذا ينبغي ان يفسد الشراء الثاني في الفصل الثاني كانه اشترى ثوبا وعشرة
بعشرة فكان فيه شبهة الربوا لانا نقول ان الربح الاول لم يصر حقا له الا بالثمن الثاني حقيقة

Copyright © King Saud University

واما ثبت له شبهة المقابلة من حيث ان التاكيد شبهها بالايجاب في الشبهة يكتفي لمنع بيع المرابحة وقد
يكتفي لافساد العقد لان المنع في بيع المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع حتى يجوز عند البيان واذا
رضي به بعد البيع يجوز ولا يلزم على هذا ما اذا وهب له ثوب فباعه بعشرة ثم اشتراه بعشرة
فانه يبيعه مرابحة على عشرة لانه ممنوع في رواية عن ابي حنيفة رحمه الله ولو سلم فنقول ان البيع
الثاني فيما كان يتاكد انقطاع حق الواهب في الرجوع لكنه ليس بمال فلا يثبت هذه الوكالة في
عقد يجوز بمثله فانه ايضا ليس بمعنى يراد الثمن للاجل بخلاف ما اذا اشترى بثمن مؤجل ثم باعه
مرابحة بثمن حال لانه معنى يراد في الثمن للاجل وبخلاف ما اذا تخلل الثالث لان الربح تاكد بالعقد
الثالث لا شراء بما اذا اشتراه بعشرة ثم باعه بوصفه ثم اشتراه بعشرة له ان يبيعه مرابحة
على العشرة لانه عاد اليه بما ليس من جنس الوصف فلا يمكن طرحه الا باعتبار القيمة ولا
مدخل لذلك في بيع المرابحة او لانه لا يتمكن فيه شبهة الربوا قوله واذا اشترى العبد
الماذون له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته وانما قيد بالدين المحيط برقبته
لانه لو لم يكن على العبد دين فباع العبد من مولاه شيئا فانه لا يصح فان هذا البيع لا يفيد
للمولى شيئا لم يكن له قبل البيع لا الملك لرقبته ولا ملك التصرف قوله وكذا اذا كان عليه دين
لا يحيط بماله لانه لم يمنع ملك المولى بالاجماع لان كسب العبد لا يعرى عن قليل الدين
فلو جعل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو المقصود من الاذن ولو كان محيطا
بماله دون رقبته فباع من المولى شيئا صح البيع ولكن فيه شبهة العدم الخ فلا يبيعه المولى
مرابحة بالثمن الذي اشتراه به من العبد لانه لما جاز للمولى بيع ما اشترى من عبده
عليه دين المحيط برقبته مع انه اجنبي عن كسبه فلان يجوز وعليه دين يحيط بماله دون
رقبته اولى فظهر بهذا انه انما قيد بقوله دين يحيط برقبته ليثبت الحكم فيما لا يحيط بطريق
الاولى قوله لجواز صح الثاني ذكر الامام قاضيخان رحمه الله في تعليل هذه المسئلة لان بيع
المولى من عبده الماذون المديون والمكاتب وبيعهما من المولى وان كان جائزا فله شبهة العدم
لان مال العبد لا يخلو عن حق السيد ولهذا كان للمولى ان يبيع كسب العبد لنفسه وبعض
الدين من مال نفسه والمكاتب اذا عجز يرد في الرق كان كسبه للمولى وكان بايعا من نفسه
من وجه وبيع الانسان من نفسه باطل واذا بطل البيع الثاني لا يبيعه مرابحة على الثمن
المذكور في البيع الثاني وانما يبيع على الثمن المذكور في العقد الاول قوله وفي الفصل
الاول وهو اذا باع العبد من مولاه وفي الفصل الثاني وهو ما اذا باعه المولى من عبده
قوله خلافا لزفر فان عنده لا يجوز بيع رب المال من المضارب في البيع المضاربة من رب
المال اذا لم يكن في المال ربح قوله لما فيه من استفادة ولاية التصرف لان بالتسليم الى
المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله في التصرف فبالشراء من المضارب

فصل

يحصل له ولاية التصرف ذكر الامام التمرتاشي رحمه الله لو صار مال المضاربة جارية ليس لرب المال ان
يطأها وان لم يكن فيها ربح لان للمضارب حق التصرف الا ترى ان رب المال لا يملك بيعها والحال
الا بالايضاح قوله والانعقاد يتبع الفائدة الا ترى انه اذا جمع بين عبده وعبد غيره فاشتراهما صفقة
واحدة جاز البيع فيهما ودخل عبده في شرائه لفائدة انقسام الثمن ثم يخرج فكذلك ههنا يجوز
البيع من رب المال ومضاربه لفائدة استفادة ولاية التصرف قوله ففيه شبهة العدم كما
قال لغيره ان البيع تمليك المال بالمال وانه معدوم ههنا قوله الا ترى انه وكيل عنه هذا
للايضاح قوله ففيه شبهة العدم لان المضارب كان وكيلا عنه وحينئذ لا يجوز البيع بين
الموكل وبين وكيله فيما وكل فيه فصار بيع المضارب من رب المال باطلا في حق نصف الربح لان
ذلك حق رب المال فاما درهمان ونصف فحق المضارب فلا شبهة في اصل الثمن فلهذا يبيعه مرابحة
على اثني عشر ونصف قوله وكذا سائر النفع لا يقابلها الثمن فان قيل المستوفي من
سائر النفع بمنزلة الجزء والجزء اذا قصد اتلافه كان له قسط من الثمن ولهذا لو اشترى
جارية فوطئها ثم وجد بها عيبا لا يتمكن من الرد ولما كانت هي ثيبا وذلك باعتبار ان المستوفي
من الوطي بمنزلة احتباس جزء المبيع عند المشتري قلنا المانع من الرد بالعيب بعد الوطي غير
ما ذكر وهو انه لو ردها مع العقر يلزم الفسخ في شيء لم يرد عليه العقد وهو العقر وان ردها
بدون العقر يلزم سلامة وطيها عن العوض بخلاف الهبة فان وطي الموهوب له لا يمنع الرجوع
للواهب لانه يجوز ان يسلم له وطيها بلا عوض كما تسلم الجارية بلا عوض ولا يلزم على هذا سلامة
خدمة الجارية للمشتري بعد الفسخ لان الخدمة شيء لا يثبتها فلو كان استخدامها تمنع الرد
بالعيب لانسد باب الرد بالعيب ولا يجوز ان يفسخ البيع ويسلم للمشتري او للبائع زيادة
متولدة من العين او شيء يحسب باتلاف العين كالولد والارش والعقر فكذا الوطي في بيع
المرابحة انما يمتنع جوازه من غير بيان اما بالخيانة بالثمن او باحتباس شيء من المبيع قوله
فاصابه قرض فار ذكر في الفوائد الظهيرية والقرض بالقاف معجمة من قرضها بواحدة نص على
هذا صدر الاسلام ابو اليسر رحمه الله قوله والمعنى ما بيناه اما في قرض الفار فلما ذكر في الاعواد
ان الاوصاف تابعة لا يقابلها شيء من الثمن واما في تكسير الثوب بنشره فلما ذكر في نقصان العين
انه صار مقصودا بالاتلاف قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن اي حقيقة اما شبهة
المقابلة فثابتة ولهذا يزاد في الثمن لاجل الاجل فاعتبرها الا في المرابحة حتى اشترط بيان الاجل
احترازا عن شبهة الخيانة ولم يعتبر في حق الرجوع لانه ليس بمال في الحقيقة وفي المبسوط بان
لم يصبه عيب لكنه اصاب من غلة الدار او الدابة او الخادم شيئا فله ان يبيع المشتري مرابحة على
ثمنه لان الغلة ليست متولدة من العين فلا يكون حابسا شيئا من المعقود عليه باعتبارها
ولان الغلة بدل المنفعة لا يمنع من بيعها مرابحة فكذا بدلها وهذا لانه انفق عليها باذاء ما قال

واستفاد المفتقر

من المنفعة اذا ولدت الجارية او السايمة او اثمر النخل فلا باس ببيع الاصل مع الزيادة مرابحة لانه لم يحبس
من المعقود عليه وان نقصها الولادة فهو نقصان بغير فعل احد وبازايه ما يجبره وهو الولد فيفي مثل
هذا النقصان له ان يبيعه مرابحة وان لم يكن بازاء النقصان ما يجبره فاذا كان كان اولى فان استهلك
المشتري الزيادة لم يبع الاصل مرابحة حتى يبين ما اصاب من ذلك لانه ما اسمه كذلك سوى له من العين
ولو استهلك جزء من عينها لم يبعها مرابحة من غير بيان فكذلك اذا استهلك ما يولد من العين
وكذلك البان الغنم واصوافها وسمونها اذا اصاب من ذلك شيئا فلا يبيع الاصل مرابحة حتى
يبين ما اصاب لان ما اصاب منها في حكم جزء من عينها وعند الشافعي رح له ان يبيعها مرابحة
بناء على مذهبه ان الزيادة المنفصلة وان كانت متولدة من العين فهي بمنزلة الغلة حتى لا
يمنع رد الاصل بالعيب انكان انفق عليها ما يساوي ذلك في علفها وما يصلحها فلا باس بان
يبيعها مرابحة من غير بيان لان حصول الزيادة له باعتبار ما انفق عليها من ماله والغنم
مقابل بالغرم **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله لان الاجل لا يقابله شيء من الثمن **قوله** فلا يقبل
الاصلاح لان جهالة الثمن فساد في صلب العقد الا انه في مجلس العقد غير متقرر لان ساعات
المجلس كساعة واحدة فصار التاخير الى آخر المجلس عفوا كتاخير القبول فان القبول في آخر
المجلس ينعقد بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات وكذا العلم الحاصل في آخر المجلس كالعلم الحاصل
في اوله فيصح على تقدير الابتداء لا فيما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق
وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح لجلاوزها اذا باع الى الحصاد واسقط الاجل قبل الحصاد لانه
لم يتقرر ولانه ليس في صلب العقد وهذا في صلب العقد **فصل** لانه عليه السلم نهى عن
بيع ما لم يقبض رضوان النبي عليه السلم قال لعتاب بن اسيد حين بعثه الى مكة امرا صر الى
اهل بيت الله تعم وانههم عن اربع عن بيع ما لم يقبضوا وعن ربح ما لم يضمنوا وعن شرط
في بيع وعن بيع وسلف **قوله** ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك لانه اذا هلك
قبل القبض ينفسخ البيع ويعاد الى قديم ملك البايع فيكون المشتري بايعا ملك غيره ومتى تبين
تم البيع فيصير بايعا ملك نفسه وقبل القبض لا يدري ايتم البيع فيصير بايعا ملك نفسه
ام ينفسخ فيصير بايعا ملك غيره فلا يصح فيتمكن غرر فكان باطلا بخلاف البيع الاول لانه
لا يتمكن فيه هذا الغرر لانه متى لم يقبض المشتري وانفسخ البيع بالهلاك لنا وينفسخ البيع يكون
البايع في الحالين ليس بايعا ملك لا ملك غيره بخلاف ما نحن فيه **قوله** والحديث معلول به
فان قيل هذا تعليل في موضع النص وهو ما روي انه عليه السلم نهى عن بيع ما لم يقبض
واسم عام **قلنا** الحديث مخصوص ببيع المهر وبدل الخلع والصلح عن دم العمد والميراث
قبل القبض يصح اتفاقا لما انه لا يتوهم انفساخ العقد بالهلاك فكذا لا يتوهم الانفساخ في
يخص بالقياس لان مثل هذا العام يجوز تخصيصه بالقياس على انه لم يتناول التنازع اذ لا بيا

قبل القبض

جامعة الرياض ... المكتبة ... قسم المخطوطات

فيه القبض الحقيقي لانه يكون بالنقل فيكون المسئلة مبنية على الاختلاف في غصب العقار **قوله** و
الاجارة قيل على هذا الخلاف اي لا يجوز للمشتري ان يواجر الدار المشتراة قبل القبض عند محمد رح
وعندهما يجوز والاصح ان الاجارة لا تصح اتفاقا وعليه الفتوى لان الاجارة تمليك المنافع والمنافع
كالمنقول في احتمال الهلاك **قوله** ومن اشترى مكيلا مكايلة فقيد بالشراء لانه اذا ملك مكيلا او
موزونا بهبة او ميراث او وصية جاز له التصرف قبل الكيل وكذا في الثمن وذكر في الايضاح اذا قبض
المكيل وهو عين ثم باعه قبل الكيل جاز لان التصرف في الثمن قبل القبض جائز وقيد بكونه مكايلة او
موازنة لانه اذا باع المكيل او الموزون مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع او بالاكل وغيرهما
قوله لا يجوز للمشتري منه اي للمشتري الثاني من المشتري الاول ان يبيعه حتى يعيد الكيل لنفسه كما
هو الحكم في المشتري الاول انما وضع المسئلة فيما اذا باعه المشتري الاول الذي كاله لنفسه لان
تصرف المشتري قبل الكيل لا يجوز وان كيل مرة قبل شرائه او بعد شرائه بغيبته **قوله** حتى يعيد
الكيل اي بعد شرائه ولا يكتفي بكيل بايعه حال اشتريه بايعه ولانه يلزمه حتى يعيد الكيل بعد
القبض مع الكيل لان الصحيح انه لو كاله البايع بعد البيع بحضرة المشتري يكتفي به **قوله** و
هو الشرط اي الشرط كيل البايع وكيل المشتري وانما شرط ذلك لان البيع يتناول بالمجزي الكيل
او الوزن وهو مجهول فربما يزيد وينقص فما لم يكل لنفسه او لم يزن لا يتاز المبيع عن غيره
فكان المبيع مجهولا لا نفس البيع ولان اصل القبض شرط جواز التصرف في المبيع فكان تمام القبض
شرطا ايضا والكيل والوزن فيما بيع كيلا ووزنا من تمام القبض لان القدر معقود عليه فيما بيع
كيلا او وزنا حتى لو وجده زاد الزيادة ان زاد وينقص من الثمن حصة ما نقص والقبض غير معاين
لتوهم الزيادة والنقصان بخلاف ما اذا باع مجازفة اذ البيع وقع على المشار اليه لا على مقدار
بعينه وتصور الزيادة في المجازفة بان يكون رجل طعام فاكله الزم باعه مجازفة فاكاله المشتري
فزاد على الكيل الاول فالزيادة للمشتري **قوله** ويحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما يأتي
في باب السلم وهو ما اذا اشترى المسلم اليه من رجل كذا وامر رب السلم بقبضه فانه لا يصح الا بعد
لاجتماع الصفقتين بشرط الكيل احدهما شراء من المسلم اليه وثانيهما قبض رب السلم لنفسه
وهو كالبيع الجديد فتجتمع الصفقتان **قوله** ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك يعني استحقاق
البايع والمشتري في الثمن والمبيع والزايد والمزيد عليه حتى كان للبايع ان يمنع حق حبس المبيع
الى ان يستوفي الاصل والزيادة واذا اوفى المشتري الثمن استحق المبيع مع الزيادة وليس للبايع
ان يمتنع من تسليم الزيادة **قوله** فلا يمكن اخراجه يعني لما قوبل كل الثمن بهذا المجموع فلو
اخرج بعضه بقي بعض المبيع بلا عوض وذا لا يجوز ولا يمكن ان يجعل الباقي في مقابلة الكل
لانتقاد العقد الجديد اذا شرطاه بعد العقد بان عقدا عقدا ثم شرطا الخيار بعد فقد
نقل العقد من صفة اللزوم به الى غيره **فان قيل** الالحاق بطريق الاستناد وما هذا الا

يثبت ثم يستند وقد تعذر هنا الثبوت لانه يصير ملكه عوض ملكه **قلنا** يفسخ العقد فتحقق تصحيح
الزيادة **قوله** بخلاف حط الكل لانه تبديل لا صل اى لاصل العقد لانه يصير هبة لا تغيير لوصفه
فلا يلتحق به ولانه لو التحق باصل العقد لفسد العقد لانه يبقى بيعا بلا ثمن فكان تغيرا للعقد
من وصف مشروع الى وصف غير مشروع **قوله** وعلى اعتبار الالتحاق جواب عن قول زفر والشافعى
رح **قوله** ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع يعنى الزيادة فى الثمن واما الزيادة فى المبيع فجائزة
بعد الهلاك لانها تثبت بمقابلة الثمن وهو قائم بخلاف الزيادة فى الثمن لانها تثبت بمقابلة
المبيع وليس بقائم وفى الايضاح قال محمد رح ولو اشترى جارية وقبضها فماتت فى يده فزاد
البائع للمشترى جارية اخرى فالزيادة جائزة لان هذه الزيادة تثبت بمقابلة الثمن و
الثمن قائم ولو زاد للبائع لم يجز لان الزيادة من جانبه يثبت بمقابلة المبيع والمبيع هالك
ومن اصل محمد رح ان هلاك المبيع يمنع الزيادة فى الثمن ولو اعتق او كاتب او دبر او استولد
او سات او قتل او وهب وباع او طحن او نسج او تخمر او اسلم مشترى الخمر لا تصح الزيادة لفوات
محل العقد فالعقد يرد على المطحون والمنسوج ولهذا يصير غاصب احدهما **قوله** لانه
لما لم يمكن اخراج البدل عما يقابله فان الهالك لا قيمة له فاخراج البدل عما يقابله ملازم
له فكذلك الزيادة فى الثمن بعد هلاك المبيع **قوله** وقد ذكرناه اى وقد ذكرنا ان الجهالة
اليسيرة متحملة فى الكفالة وفى تاجيل الدين كما فى الحصاد والدياس بخلاف الجهالة فى البيع الى
اجل مجهول حيث لا يصح وان كانت الجهالة يسيرة **قوله** من قبل اى فى آخر باب البيع الفاسد
قوله وصار مؤجلا لما ذكرنا وهو قوله لان الثمن حقه **قوله** الا القرض فان تاجيله لا يصح
لا يلزم اى لا يلزمه الاجل لبطالته كما فى العواري واعلم ان القرض مال يقطعه مالك فيعطيه
وما يثبت عليه دينا فليس بقرض والدين يشمل ما وجب فى ذمته دينا بعقد او استهلاك وما
صار فى ذمته دينا باستقراضه فهو اعم من القرض وقال مالك التاجيل فى القرض لازم
لانه صار دينا فى ذمته بالقبض فيصح التاجيل فيه كسائر الديون والله اعلم **باب الربوا**
محرم فى كل مكيل اى حكم الربوا وهو الحرمة والربوا فى اللغة عبارة عن الفضل هنا يربو
على هذا اى يفضل قال الله تعالى وما آتيتم من ربوا ليربو فى اموال الناس فلا يربوا عند الله و
سمى المكان المرتفع ربوة لفضله على سائر الاماكن وفى الشرع عبارة عن فضل خال عن
عوض فى مقابلة معاوضة مال بمال وهو محرم فى كل مكيل وموزون بيع بجنسه لقوله
تعالى وحرم الربوا وقد ذكر الله تعالى لاكل الربوا خمسا من العقوبات احدها التخبط والثانى
المحق والثالث الحرب والرابع الكفر والخامس الخلود فى النار وذلك الآية بيانه قوله تعالى
يقومون الا كما يقوم الذى يتخبطه الشيطان يمحق الله الربوا فاذنوا بحرب من الله وقوله
وذروا ما بقى من الربوا ان كنتم مؤمنين ومن عاد فاولئك اصحاب النار هم فيها خالدون

وهو نقل

وهو اشتمل اى القدر لانه يتناول الكيل والوزن على الاصل فيه اى فى كون القدر مع الجنس علة الحديث
المشهور وهو قوله عليه السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا **قوله** وعد
الاشياء الستة وهذا الحديث مشهور تلقته العلماء بالقبول والعمل وبدا رواه هذا الحديث
على ادنعة نفر من الصحابة عمر بن الخطاب وعبادة بن الصامت وابى سعيد الخدرى ومعاوية
بن ابى سفيان رض مع اختلاف الفاظهم وانه معلول باجماع القائسين خلافا لاصحاب الظواهر
لانهم لا يرون القياس حجة مفيدة والحكم الربوا على الاشياء الستة **قوله** والجنسية شرط اى شرط
لعمل العلة عليها حتى لا تعمل العلة وهى الطعم فى المطعومات والثمنية فى الاثمان عنده لا
عند وجود الجنسية ولا اثر للجنسية بانفرادها عنده حتى لو اسلم هرويا فى هروى جاز
عنده لان العلة لا تعمل الا عند وجود الجنسية ولا اثر للجنسية بانفرادها عنده حتى لو اسلم
هرويا فى هروى جاز عنده لان العلة لا تعمل الا عند وجود شرطها لان الشرط تعمل
شيئا من العمل عند عدم العلة **قوله** لانه نص على الشرطين اى الشارع نص على الشرطين التقابض
والتماثل لانه قال يدا بيد مثلا بمثل اى قابضا بقابض ومماثلا بمماثل آخرهما نصب على الحال
والعامل فيه العامل المضمر وهو بيعوا وفى رواية الرفع فى هذا المعنى ايضا والعدول الى الرفع
للدلالة على الثبوت والاحوال شروط كما فى قوله ان دخلت الدار راكبة فانت طالق **قوله**
وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر اى جواز بيع هذه الاموال بشرطى التماثل والتقابض يشعر
بان موجبهما وصف فى المحل ينبئ عن زيادة العزة والخطر حتى يجب لاجله زيادة الشرط لانه
من يعقل طريقا صيانة بشرط زائد يعظم خطره فى اعين المتكلمين كالعقد الوارد على الابضاع
المخصوص من الشهود اولى من سائر المعاملات دل على ان المعنى بها الخطر وهو البضع
فيعلل بعلة بناسب اظهار العزة والخطر وهو الطعم والثمنية **قوله** والثمنية لبقاء الاموال
التى هى مناط المصالح اذ الاموال انما تبقى اموالا ما دامت لها اثمان لان ما لا يبدل الثمن بمقابلته
لا يكون مالا كقبضة من التراب ونحوه فالاموال بسبب بقاء الانفس يوصف لها ما كولة او
وسيلة اليه **قوله** ولا اثر للجنسية والقدر فى زيادة العزة والخطر لثبوتهما فى خطر وقيمتها
ولكن الحكم لا يثبت الا عند الجنسية فجعلنا شرطا لا علة **قوله** والحكم قد يدور مع الشرط جواب
شبهة ترد على قول الشافعى رح وهو ان حكم الربوا كما يدور مع الطعم والثمنية على اصلك فكذا
مع الجنسية فلم جعلت الطعم والثمنية علة دون الجنسية فاجاب بانه لا اثر للجنسية فى زيادة
الخطر والحكم قد يدور مع الشرط كما يدور مع العلة كالرجم مع الاحصان والفرق بينهما بالتاثير
وعدمه الا انه عليه السلام عندنا بان حكم الربوا ذكر كل الاشياء فى كل مطعوم لما تعذر بيانه
كل مطعوم فالبر افضل طعام بنى آدم والشعير افضل علف الدواب والتمر افضل الفواكه و
الملح افضل التوابل فيشعر بان العلة هى الطعم ولو كان القدر علة لكان هذه الاشياء تكرارا

وعرج

محضا اذ صفة القدر لا تختلف في هذه الاربعة ولهذا قال مالك ان العلة الاقتيات والادخار
لانه لاحظ بالذكر كل مقتات ومدخر ولنا انه اوجب المماثلة اي الشارع اوجب المماثلة شرطا
في البيع وهو المقصود بسوق الحديث لان معناه بيعوا هذه الاشياء مثلا بمثل والباء للالصاق
فدل على انها ربما تقول واذا بيعوا القول عليه السلام بعده فاذا اختلف هذه الاوصاف فبيعوا
كيف شئتم فذكره عند الاختلاف دليل على انه المقصود عند الاتفاق وقوله عليه السلام لا تبيعوا
الطعام بالطعام الا سواء بسواء اذ النهي عن الشيء امر بضده وقوله مثلا بمثل حال لما
سبق والاحوال شروط كان دخلت الدار راكبا والامر لايجاب البيع مباح فيصرف الامر
الى الحال التي هي شرط اي بيعوا بوصف المماثلة وقد يتعلق المباح بشرط يجب رعايته كالاشهاد
في النكاح قوله تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل لان البيع مبادلة المال بالمال
ذا بالتماثل في متحد الجنس بحيث يقابل كل جزء من هذا عوض يماثله اذ لو فضل احد العوضين
لخلا ذلك الفضل عن العوض فلا يتحقق معنى التقابل فلا يتحقق المعاوضة بل يكون مستحقا
لمالك العقد بلا عوض وقضية المعاوضة خلافه قوله اوصيانة لاموال الناس عن التوى
اذ شرط الفضل سوى المال لانه يستحقه بلا منة وعوض والبيع شرع لتحصيل الارباح فيكون
شرطا غير ملائم للبيع فيبطل قوله اوتتميما للفائدة اي لفائدة البيع باتصال التسليم بالبيع
فان فائدة البيع حصول الملك في المبيع بنفس العقد يثبت الملك اي ملك الرقبة وتمام
ملك التصرف في ذلك باتصال التسليم بالبيع فان فائدة البيع حصول الملك في المبيع بنفس
العقد يثبت الملك اي ملك الرقبة وتمام ملك التصرف بعد ذلك باتصال التسليم بالعقد وذلك
لان وجوب المماثلة يقتضي كون كل واحد منهما مقبوضا وبالقبض تتم الفائدة فقلنا لو وجد
المماثلة تتميما للفائدة وفي الكافي للعلامة النسفي به تتميما لفائدة التسليم بوجود التقابض
اذ شرط الفضل سبب للتنازع المانع من المقصود بالتنازع وهو التقابض المطلق المقرون
اذ المشروط له الزيادة يطالب صاحبه بالتسليم بحكم الشرط والاخر يمتنع عن التسليم لوجود
الضرر فيفضيان الى التنازع وهو فساد ما يفضي الى الفساد فهو فاسد ثم تدمهن لكن ربما يشتم
لان طبعه لا ينقاد ظاهر الكونه مجبولا على حب المال عزها جودة ولا محمود وبانسان عن عند
التسليم والتسلم وفي النهاية للعلامة السغناقي اوتتميما للفائدة باتصال التسليم بالتماثل
معناه في الذهب بالفضة اشترط التماثل بالقبض فانهما لا يتعينان بالتعيين فيحتاج الى القبض
لتحقق التماثل فكان تتميم الفائدة فيه باتصال التسليم بالتماثل اي بعد كون كل واحد منهما مماثلا
للاخر يتصل التسليم بالتماثل حتى يتم فائدة العقد وفيما سوى ذلك معناه ... في
الاحوال كلها اي لو لم يكن كل واحد منهما مماثلا للاخر لا يتم الفائدة بالقبض لانه اذا كان احدهما
انقص يكون نفعا في حق احد المتعاقدين ضررا في حق الاخر فاذا كان مثلا للاخر يكون نفعا

في حقهما

في حقهما فتكون الفائدة وهي ثبوت الملك اتم بعد القبض لانه يكون نفعا في حقهما جميعا بخلاف ما
اذا كان احدهما انقص من الاخر قوله ثم يلزم عند فوته اي فوت الشرط وهي المماثلة التي هي
شرط الجواز وحرمة الربوا بقوله عليه السلام والفضل اسم لكل زيادة والربوا اسم لزيادة هي حرام
واذا كان حكم النص وجوب المماثلة وحرمة الفضل بما روينا فنقول بعلة تؤثر في ايجاب المماثلة و
هو القدر والجنس لا الطعم والثمنية لان وجوب المماثلة لا يكون الا في محل قابل لها والمماثلة بين
الشيئين باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود بصورته ومعناه قائما فيقوم المماثلة
بهما فالقدر عبارة عن الحد التساوي في المعيار فيحصل به المماثلة صورة والجنس عبارة
عن التشاكل في المعاني فيثبت المماثلة معنى ولا عبرة للوصف لقوله عليه السلام جيدها و
رديها سواء والاجماع فان بيع قفيز جيد بقفيز ردي لا يجوز لان ما لا ينتفع به الا بهلاكه فمنفعته
في ذاته في هذه الوصف اذ المقصود هو المنفعة وهي في الذات بخلاف ما ينتفع به بغير هلاكه لان
انتفاعه بالوصف فيعتبر الوصف ولان الناس لا يعدون التفاوت فيه معتبرا للقلة ولان
في اعتباره سد باب البيع وهو مفتوح فما يؤدي الى انسداده فهو مردود قوله والطعم
والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق والاباحة بابلغ الوجوه لشدة
الحاجة اليها دون التضييق كالهواء والماء والنار اذ الحاجة تؤثر في الاباحة كالميتة تحل عند
الحاجة وكالطعام في الغنيمة يباح تناوله قبل القسمة ولا يباح تناول سائر الاموال فيحتمل
الحرمة بما له اثر في الاطلاق في الحرمة فاسد لافضائه الى فساد الوضع وسياق النص دليل عليه
لانه ذكر الاشياء الستة وعطف بعضها على البعض وذكر للكل حكما واحدا فلابد ان يكون علة
الحكم متحدة اذ الحكم المشترك لابد له من علة مشتركة وهو ما ذكرنا فان قيل
ما تعني بقولك العلة القدر مع الجنس ان عنيت انه علة الربوا فهو غلط فاسد لان بيع المكيل
والموزون بجنسه متماثلا صحيح مع وجود العلة وان عنيت انه علة وجوب المساواة فليس فيما
بينت اشارة اليه قلنا هما علة وجوب المساواة وحرمة الفضل واشرنا الى ذلك لانا
بينا ان الحديث اوجب المساواة وانما تصور وجوبها في محل يقبلها وذا انما يحصل بالقدر
والجنس فهما عبارة ... بالمساواة تجب المساواة وباعتبار وجوب المساواة تحرم
الفضل لفوات حكم الامر وما يوجب احد الضدين يقتضي نفي ضد الاخر اذا كان مفوتا له
كالامر بالامساك في رمضان يقتضي حرمة الاكل والشرب والوقاع لان الضد مفوت
للمامور به فثبت ان القدر والجنس علة لوجوب المساواة وحرمته ومعنى قولنا علة
الربوا القدر والجنس علة وجوب المساواة التي يلزم عند فوتها الربوا او علة كون المال
ربويا او علة حرمة الفضل واذا ثبت ان العلة القدر مع الجنس عدينا الى ما بين المقدر
سواء كان مطعوما او لا قوله وما دون نصف صاع فهو في حكم الحفنة وهذا اذا كان

كل واحد من البدلين لا يدخل تحت نصف الصاع واما اذا كان احد البدلين لا يبلغ حد نصف الصاع و
الآخر يبلغ حد نصف الصاع او اكثر فبيع احدهما بالآخر لا يجوز نص على هذا في المبسوط وقال لو
باع حفنة بقفيز لا يجوز **قوله** والمعنى المضموم اليه اي الكيل والوزن **قوله** لعدم العلة اي
حل التفاضل لدليل الحل وهو قوله تعم احل الله البيع وعدم علة الحرمة لا ان يثبت حل التفاضل لعدم
علة الحرمة لان العدم لا يثبت شيئا لانه ليس بثابت في نفسه **قوله** وقال الشافعي رح الجنس
بانفراده لا يحرم النساء وهذا الى الاصل وهو ان الجنس عندنا احد وصفي العلة لتحريم الربوا في
النقد فيكون علة لتحريم النساء وعند الخصم الجنسية شرط والشرط لا اثر له في اثبات الحكم
قوله وحقيقة الفضل غير مانع حتى يجوز بيع ثوب هروي بثوبين هرويين فاولى ان لا يمنع
شبهة ولنا انه مال الربوا من وجه نظرا الى احد الوصفين لوجود المسوي بينهما من وجه اما
ذاتا بالقدر او معنى بالجنس والنقد خير من النسية فيتحقق شبهة الربوا وهي كالحقيقة حتى
منعا البيع مجازفة لاحتمال الربوا وهذا لان كل حكم تعلق بوصفين مؤثرين لا يتم نصاب العلة
الا بهما فلكل واحد منهما شبهة العلة فيثبت لشبهة العلة شبهة الفضل كما يثبت بحقيقتها حقيقته
الا ترى انه لو اسلم قفيز بر في قفيز شعير لا يصح اجماعا ولا يقال انه بعض العلة وبعض العلة
لا يثبت الحكم لانه علة تامة لحرمة النساء وانما كان بعض العلة لحرمة ربوا الفضل وكذلك
اسلام المكيلات في المكيلات والموزونات في الموزونات نحو الحديد والرصاص وما اشبه
ذلك لا يجوز عندنا والشافعي رح ينكر حرمة النساء فانه يقول التقابض في بيع المطعوم
بالمطعوم شرط جواز العقد فيعدم الجواز لانعدام التقابض لا لكونه نساء قلنا وهذا
خرق لاجماع الصحابة رض فانهم اتفقوا على حرمة النساء كذا في الايضاح **قوله** الا انه اذا اسلم
النقود في الزعفران استثناء من قوله واذا وجد احدهما وعدم الآخر حل التفاضل وحرم النساء
قوله ونحوه كسائر الموزونات **قوله** فاذا اختلفا فيه صورة الوزن فان الزعفران يوزن
بالامناء والنقود بالسنجات ومعنى فان الزعفران مثمن يتعين والنقود ثمن لا يتعين وحكما
فان التصرف في النقود قبل الوزن يصح وفي الزعفران وامثاله اذا باعه موازنة لا
يجوز التصرف قبل الوزن **قوله** لم يجمعهما القدر من كل وجه فنزل الشبهة فيه الى شبهة
الشبهة وهذا لانهما اذا اتفقا في الوزن من كل وجه كما لو اسلم الحديد في القطن حرم النساء
لشبهة الربوا فاذا اختلفا من هذه الوجوه نزلت الشبهة الى شبهة الشبهة فلا يعتبر في
الاخرة والربوا المحرم باحد وصفي علة الربوا وهو الجنس او الوزن او الكيل في مثمنين
او ثمنين حتى انه اذا اسلم قفيز حنطة في قفيز شعير لا يجوز لوجود الكيل في مثمنين وكذا
اذا اسلم الدراهم في الذهب لا يجوز لوجود الوزن في الثمنين واذا اسلم الحديد في الزعفران
لا يجوز لوجود الوزن واذا اسلم الدراهم في الزعفران يجوز لانه لم يوجد في ثمنين او مثمنين

وانما

وانما يجب في ثمن ومثمن **قوله** لان النص اقوى من العرف لان العرف يجوز ان يكون على الباطل واما النص بعد
ثبوته فلا يحتمل ان يكون على الباطل ولان العرف حجة على الذين تعارفوا به والنص حجة على من لم
يتعارفوا به واما النص فحجة على الكل **قوله** لانها دلالة اي العادة دلالة يرجع اليها لابتنائها
على عقولهم والعقل حجة من حجج الله تعالى كالنص ولهذا قال عليه السلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو
عند الله حسن **قوله** لان النص على ذلك لمكان العادة فيه اي لان النص بالكيل في المكيل وبالوزن
في الموزون في ذلك الوقت وانما كان لمكان العادة فيه فكانت العادة هي المنظور اليها **قوله** و
قد تبدلت والجواب عنه ان تقرير رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم على ما تعارفوا في ذلك
بمنزلة النص منه فلا يتغير بالعرف لانه لا يعارض النص **قوله** لتوهم الفضل على ما هو المعيار فيه
وهو الكيل في الحنطة والوزن في الذهب لان شرط الجواز فيها المماثلة في الكيل والوزن فيما هو معيار لهم
قوله الا انه يجوز الاسلام في الحنطة وزنا وهو رواية الطحاوي عن اصحابنا رح لان المماثلة لا
تشترط في السلم فيه وانما يعتبر الاعلام على وجه لا يبقى بينهما نزاع في التسليم وذا يحصل بذكر
الوزن كما يحصل بذكر الكيل وروى الحسن عن اصحابنا انه لا يجوز لانه مكيل بالنص والفتوى
على الاول لعادة الناس **قوله** وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني الرطل بالكسر والفتح لغة نصف
من وعن الاصمعي هو بالكسر الذي يوزن او يكال به قال ابو عبيدة الرطل عشرة مائة درهم و
ثمانية وعشرون درهما وزن سبعة **قوله** معناه ما يباع بالاواقي كالادهان ونحوها كالاثمان
والاوقية بالتشديد اربعون درهما وهي افعولة من الوقاية لانها تبقي صاحبها من الضرر
وقيل فعلية من الاوق الثقل والجمع الاواقي بالتشديد والتخفيف وعند الاطباء الاوقية وزن
عشرة مثاقيل وخمسة اسباع درهم وهو استار وثلثا استار وفي كتاب العين الوقية وزن
من اوزان الدهن وهي سبعة مثاقيل وفي شرح السنة في عدة احاديث وقية ثم تحرف الى
ويه وقال الازهري والعرب الجيدة اوقية كذا في المغرب ثم قال وكانهم جعلوا الخاص
عاما في مكائيل الدهن فقيل اوقية عشرة واوقية بعيه واوقية نصفه ومنها قوله في فتاوي
ابي الليث رح ما يجتمع للدهان من دهن يقطر من الاوقية هل تطيب له ام لا وعن ابي حنيفة
رح ما راينا قاضيا يكيل البول بالاواقي **قوله** لانها قدرت بطريق الوزن الا انه يشق وزن
الدهن بالاستار لانه لا يستمسك الا في وعاء ووقف وزن كل وعاء حرج فاتخذت الاواقي لذلك
تيسيرا بخلاف سائر المكائيل **قوله** وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان اي في الطرفين هذا
تعريفه وقوله يعتبر فيه قبض عوضيه هذا حكمه **قوله** لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء
يعني يدا بيد اي بيع الفضة بالفضة يقال فيه هاء وهاء اي يقول كل واحد من المتعاقدين
هاء وهاء لصاحبه هاء فيتقابضان **قوله** وما سواه اي ما سوى الصرف من العقود الواردة
على الاموال الربوية **قوله** خلافا للشافعي رح في بيع الطعام ذكر لفظ الطعام مطلقا ليتناول

Copyright © King Saud University

كل مطعوم سواء اختلف الجنس او اتحد بان باع كر حنطة بكر حنطة او بكر شعير وافترقا من غير
تقابض يجوز العقد عندنا وعند الشافعي رح لا يجوز لقوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد
اي قبضا بقبض كنى باليد عن القبض لان اليد آلة القبض ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه
القبض كالثوب اي كما لو باع ثوبا بثوب وثوبين وافترقا عن غير قبض فان قيل اذا باع اناء
فضة باناء ذهب يشترط فيهما التقابض مع ان اناء الفضة او الذهب مما يتعين بالتعيين قلنا ان
الذهب والفضة خلقا ثمنين والتعيين بالفضة عارض فبقي شبهة عدم التعين بعد التعيين
نظرا الى الاصل فيشترط القبض اعتبارا للشبهة في الربوا بخلاف الطعام فانه ما خلق للثمنية
فلا يكون فيها شبهة عدم التعين بعد التعين قوله ومعنى قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين
اذ اليد آلة التعين كما هو آلة القبض فلم يكن حمله على القبض اولى بل حمله على هذا احق لما
روى عبادة بن الصامت عينا بعين فان قيل يعين هذا اللفظ اريد القبض في الصرف
حتى لو افترقا قبل القبض بطل الصرف فكيف يجوز ان يراد به التعين في بيع الطعام قلنا بل
اريد التعين فيهما الا ان التعين في الصرف لا يكون الا بالقبض فاشترط القبض للتعين لا لغيره
فلم يختلف المراد قوله وتفاوت القبض لا يعتبر تفاوتا في المال عرفا جواب عن قول الخصم ولانه
اذا لم يقبض في المجلس يتفاوت القبض يعني ان التجار لا يفضلون في المالية بين المقبوض في
المجلس وغير المقبوض فيه بل انما يكون ما لا بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المقابلة
كان العقد جائزا كما في بيع العبيد والدواب بجنسه او بغير جنسه قوله ولا تعود فيها لبقاء
الاصطلاح على العد جواب اشكال وهو ان يقال اذا اخرج في حقهما من ان يكون ثمنا كان هذا
بيع قطعة صفر بقطعتي صفر وذلك لا يجوز فلم يكن في بطلان وصف الثمنية فجمع هنا
العقد فقال الاصطلاح في الفلوس كان على صفة الثمنية والعد وهما في هذه البايعة اخرجاها
عن اعتبار صفة الثمنية فيها وما اعرضا عن اعتبار صفة العد فيها وليس من ضرورة
خروجها من ان تكون ثمنا في حقهما خروجها من ان تكون عددية كالجوز والبيض فهو عددي
ولا يخرج عن هذا باتفاقهما بل يصير بهذه الصفة الكالي من كلا الذين تاخر كلاهما فهو كالي ومعنى
الكالي بالكالي النسيئة بالنسيئة قوله ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق اي لا متساويا ولا متفاضلا
لا بالكيل ولا بغيره قوله لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة لان بالطحن لم
يوجد الا التفرق في الاجزاء قوله والشيء بالتفرق لا يصير شيئا آخر فكانت المجانسة باقية من
هذا الوجه ومن حيث ان اختلاف المجانسة بين الشيئين انما يثبت باختلاف الاسم والصورة
والمعنى فقد تحقق ذلك بالطحن وكانت شبهة الفضل قائمة قبل الطحن وقد بقيت المجانسة
من وجه فلا يجعل تلك الحرمة بالشك فاشتراط التساوي في بيع الحنطة والدقيق لا يتحقق لان
الكيل لا يسوي بينهما لاكتناز الدقيق وتخلخل حبات الحنطة فلذلك لم يجز البيع اصلا لشبهة

الفضل

الفضل فان قيل الحرمة في الربوا حرمة موقتة الى غاية وجود المساواة فلو ثبت الحرمة بينهما على هذا
الطريق لكانت الحرمة مطلقة لا تنتهي ببيع ما كان على خلاف ما اقتضاه النص في الاصل وهو
قوله عليه السلام لا تبيعوا الربوا الا متساويا وهذا النوع ذلك فيجب ان يكون على وفاق الاصل ولا
يلزم ان يكون مثل طهارة الذمي وذلك لا يجوز هذا المعنى على ما عرف قلنا الحرمة المتناهية في
الربوا هي حرمة حقيقة الفضل فان تلك الحرمة تنتهي بالمساواة واما الحرمة الثابتة لشبهة
الفضل فغير موقتة الا ترى ان حرمة النساء حرمة لشبهة الفضل لا تنتهي الى غاية ولا تنتهي بالمساوي
بل يبقى الى ان ينتفي النساء فكذلك هنا يبقى حرمة بيع الحنطة بالدقيق الى ان يعدم امكان المساواة
قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق وعند الشافعي رح لا يجوز لانه لا يعتدل في الدخول تحت الكيل اذ
هو يتكبس ولهذا لم يجز بيع الباقلا بالباقلا عنده وكذا بيع الرطب بالرطب عنده قلنا المجانسة
بينهما قائمة من كل وجه والاتفاق في القدر ثابت فيثبت ان المجانسة شرط واما بيان الاتفاق في القدر
ان الدقيق كيلي فان الناس اعتادوا بيعه كيلا ولهذا اجاز السلم كيلا ويجوز بيعه في الذمة كيلا
وكذا يجوز استقراضه كيلا ويحكى عن الشيخ الامام ابي بكر محمد بن الفضل رح ان بيع الدقيق بالدقيق
اذا تساويا كيلا انما يجوز اذا كانا مكبوسين كذا في الذخيرة قوله وبيع الدقيق بالسويق لا يجوز عند
ابي حنيفة رح المحقول لقيام المجانسة من وجه اذ السويق اجزاء حنطة مقلية والدقيق اجزاء
حنطة غير مقلية وبيع الحنطة المقلية بغير المقلية لا يصح بحال فكذا بيع الدقيق بالسويق وهذا
لا يجوز بيع المقلية بالدقيق ولا بيع الحنطة بالسويق وكذا بيع اجزائهما بل هذا احق لنوع المجانسة
هنا وعندهما يجوز لانهما جنسان مختلفان لاختلاف المقصود اذ يقصد بالدقيق اتخاذ الخبز والعصيدة
والاطرية ونحوها ولا يحصل شيء من ذلك بالسويق وانما يلت بالسمن او بالعسل ونحو ذلك
او يشرب بالماء وعن ابي يوسف رح انه يجوز البيع متساويا لا متفاضلا لان الدقيق قد يصير سويقا
بان يرش عليه الماء ثم يقلى فيصير سويقا فعند ذلك يتخذ السويق بهذه الصفة فيعتبر المساواة
بينهما لجواز العقد باعتبار الحال قوله قلنا معظم المقصود وهو التغذي يشملهما فلا يبالي بفوات
البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلكة بالمسوسة فلا يصلح للزراعة والهريسة وذا لا يوجب
اختلاف الجنس فكذا الدقيق مع السويق الا ان بيع الحنطة المقلية بغير المقلية في الاصح لعدم
المسوي بينهما فان المقلية لا تعتدل بالدخول في الكيل لانتفاخ حبات غير المقلي اذا قليت رطبة
او ضمورها اذا قليت يابسة وهذا التفاوت معتبر لانه لا يصنع العباد بخلاف التفاوت بين العلكة
والمسوسة لانه بآفة سماوية لا يمكن التحرز عنه وبيع العلكة بالمسوسة يصح لوجود المسوي بينهما
حنطة علكة اي متلزجة كالعلك من جودتها وصلابتها التلزج التمدد من غير انقطاع المسوسة
كثير السوس او المسدودة التي يقع فيها السوس وهي دودة تقع في الصوف والثياب والطعام
كذا في الذخيرة واما بيع المقلية بالمقلية فيجوز اذا تساويا كيلا لان المجانسة بينهما قائمة من

Copyright © King Saud University

وجه وذكر في المبسوط انه لا يجوز كذا في النهاية **قوله** لحم من جنسه بان باع الشاة بالشاة الحية
والمذبوحة بلحم من جنسه لانهما لوكانا مختلفين بان باع لحم البقر بالشاة وما اشبه ذلك يجوز بالاتفاق
من غير اعتبار بالقلة والكثرة كما في بيع اللحمان المختلفة على ما يجي هذا اذا كانت الشاة حية اما
اذا كانت مذبوحة غير مسلوخة لا يجوز الا على سبيل الاعتبار بالاتفاق واذا كانت مسلوخة
مفصولة عن السقط جاز اذا تساويا وزنا والاولد وسقط المتاع زيادته والاد به هنا ما لا
يطلق عليه اسم اللحم من الشاة كالجلد والكرش والامعاء والطحال **قوله** من حيث زيادة السقط
بان تقابل اللحم باللحم او من حيث زيادة اللحم بان تقابل اللحم بالسقط **قوله** وصار كالخل بالسمسم اي
كبيع دهن السمسم بالسمسم فانه لا يصح الا بالاعتبار بل اولى لان اللحم في الشاة ابين من الدهن
في السمسم لانه قايم بعينه ولكنه مختلط بغيره من الجلد والشحم والدهن ليس بقايم وانما
يحدث بالعصر فلما ثبت الربوا بين الدهن والسمسم فلان يثبت هنا اولى **قوله** لانه ينقض بنفسه
مرة لصلابته وينقل اخرى لاستر خاء المفاصل انقل من الحي والنساء لاستر خاء مفاصلهن
انقل من الرجال لصلابتهم **قوله** بخلاف تلك المسئلة اي بيع الخل بالسمسم لان الدهن في الحال
يعرف قدر الدهن اذا ميز بينه وبين الثجير ولعدم الثجير فيكون ح بيع الموزون بموزون من جنسه
فلا يجوز الا مع التساوي وذلك مجهول والنهي عن بيع اللحم بالحيوان فيما اذا كان احدهما نسيئة كما
ذكر مقيدا به في رواية وبه نقول **قوله** لا اذا اي لا يجوز اذا كان ينقص عند الجفوف وهذا
اشارة الى انه يشترط لجواز العقد المماثلة في اعدل الاحوال وهو ما بعد الجفوف ولا يعرف
ذلك المساوات بالكيل في الحال واعتبار المماثلة في اعدل الاحوال صحيح كما في بيع الحنطة بالدقيق
فانه لا يجوز لتفاوت بينهما بعد الطحن **قوله** ولانه لوكان مرة **فان قيل** فبالنظر الى هذا
التردد ينبغي ان يجوز بيع الحنطة المقلية بغير المقلية لان المقلية لا يخلو اما ان كانت حنطة
او لم يكن فان كانت حنطة يجوز بيعها بالحنطة لقوله عليه السلام الحنطة بالحنطة وان لم يكن
حنطة يجوز ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم **قلنا** هذا جواب
جدلي لاجل دفع الخصم اما الجواب لابي حنيفة رح عن قوله عليه السلام او ينقص اذا جف فلان
النبي صلى الله عليه وسلم اسم التمر على الرطب فذكر في المبسوط ودخل ابو حنيفة رح بغداد فسئل
عن هذه المسئلة وكانوا اشداء عليه لمخالفة الخبر فقال الرطب لا يخلو اما ان يكون تمرا او
او لم يكن فان كان تمرا جاز العقد ايضا لقوله عليه السلام اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف
شئتم فاوردوا عليه حديث سعد فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش
ممن لا يقبل حديثه واستحسن اهل الحديث منه هذا الطعن حتى قال ابن المبارك كيف
يقال ابو حنيفة رح لا يعرف الحديث وهو يقول زيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وهذا
الكلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم ولكن الحجة لا تتم بهذا فالجواز ان يكون هنا

قسم

الهامش: نظريه — الحي

قسم ثالث كما في المقلية بغير المقلية ولكن الحجة لابي حنيفة رح الاستدلال بقوله عليه السلام الحق
بالتمر مثلا بمثل والتمر اسم لثمر خارجة من النخل من حين ينعقد صورتها الى ان يدرك
عليه وما تحدد من الاوصاف باعتبار الاحوال لا يوجب تبدل الاسم كالآدمي يكون
صبيا ثم شابا ثم كهلا ثم شيخا واذا ثبتان الكل تمر يراعى وجود المماثلة حال العقد على
الصفة التي دخلت في العقد **فان قيل** لوكان الرطب تمرا ينبغي ان يحنث فيما اذا حلف
لا ياكل رطبا فاكل تمرا **قلنا** مبنى الايمان العرف وفي العرف الرطب غير التمر وتاويل الحديث
ان صح ان السائل كان وصيا ليتيم فلم ير رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك النظر منفعة
لليتيم باعتبار النقصان عند الجفوف فمنع الوصي منه على طريق الاشفاق لا على وجه بيان
فساد العقد كذا في المبسوط ولان الصحيح انه سئل عن بيع الرطب بالتمر نسيئة كذا روى ابو
داود في سننه وبه نقول **قوله** وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رح بين بيع الرطب
بالتمر وبين بيع العنب بالزبيب على هذه الرواية هو ان النص ورد باطلاق لفظ التمر على
الرطب في قوله عليه السلام او كل تمر خيبر هكذا ولم يرد باطلاق اسم الزبيب على العنب **قوله** بما
رويناه وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا اذا يبس ولا يقال وجب ان لا يصح بيع المبلولة بالمبلولة
ولا باليابسة كالمقلية بغير المقلية لان الحنطة في الاصل خلقت رطبة ويكون مال الربوا
على هذه الصفة فاذا ابتلت بالماء عادت الى تلك الصفة الاصلية فاذا وجدت المماثلة
في المعيار الشرعي جاز العقد واما الحنطة لم تخلق مقلية حتى يكون هنا اعادة تلك الصفة
الاصلية وعن شمس الايمة الحلواني ان الرواية محفوظة عن محمد رح ان بيع الحنطة
اليابسة بالمبلولة انما لا يجوز اذا ابتلت الحنطة وانتفخت اما اذا لم تنتفخ بعد لكن بلت
من ساعته يجوز بيعها باليابسة اذا تساويا كيلا كذا في المحيط والذخيرة **قوله** ووجه
الفرق لمحمد رح بين هذه الفصول وهي بيع الحنطة الرطبة والمبلولة الى اخرها وبين الرطب
بالرطب وكذا بين العنب والعنب ان التفاوت في هذه الفصول يظهر مع بقاء البدلين
على الوصف الذي عقد عليه العقد وهو الحنطة والزبيب والتمر وفي بيع الرطب بالتمر مع
بقاء احدهما فكان هذا تفاوتا في المعقود عليه وفي الرطب بالرطب والعنب بالعنب بعد
خروج البدلين عن اسم عقد عليه العقد فلا يكون ذلك تفاوتا في المعقود عليه
فلا يعتبر فيصح العقد **قوله** فان هذا الاسم اي اسم التمر له من اول ما ينعقد صورته لا
قبله فان قبل انعقاد صورته اسمه الكفرى وهو بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد
الراء اي انه لا يجوز الاسلام وكم النخل لانه تبرها في جوفه **قوله** والكفرى عددي متفاوت
هذا جواب عما يقال الكفرى لما لم يكن من جنس التمر وجب ان يجوز الاسلام في الكفرى اذا
جعله التمر راس المال فاجاب انه الكفرى عددي متقارب فلم يجز السلم بالتمر لجهالة التحاين

الهامش: الاسم

Copyright © King Saud University

قوله ولا يجوز بيع الزيتون بالزيت الى ان يكون الزيت اكثر بيع الزيتون بالزيت في المغرب الزيتون من الثمار
ويقال لثمر الزيتون ايضا ولدهنه الزيت والشيرج الدهن الابيض المعصر اي المستخرج قال الشاعر
شيرج البعض وهو تعريب شيره قوله ما للبحر ببعض الدهن متصل الى بقيته حتى الى قوله او كان اكثر
وقوله او التحير وجب الى قوله او مساويا له فان قيل ينبغي ان يجوز بيع دهن السمسم بالسمسم
باي وجه كان لان الدهن وزني والسمسم كيلي قلنا المقصود ما في السمسم وهو دهنه
فيكون ح بيع الجنس بالجنس فان قيل لو كان ما في السمسم متفاضلاً مقصودا وتحيره ايضا
مقصودا حتى جعل بمقابلته شيء من الدهن ينبغي ان يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا
صرفا للكل لجنس الدهن والتحير لخلاف الجنس كما في مسئلة الاكرار وهي بيع كر حنطة و
كر شعير بكري حنطة وكر شعير قلنا ذلك الصرف الى خلاف الجنس انما يصح في المنفصل
خلقة كما في مسئلة الاكرار لانه لما كان منفصلا خلقة امكن اعتباره منفصلا في حق
الصرف الى خلاف الجنس ايضا وفي المبسوط والاصل فيه ان هذه المسائل ان المجانسة
بين الشيئين يكون باعتبار العين تارة وباعتبار ما في الضمن اخرى فمتى وجدت
المجانسة عينا لا يعتبر ما في الضمن حتى يجوز بيع قفيز حنطة على كيل بقفيز حنطة قد اكلها
السوس ولا يعتبر ما في الضمن وفي الحنطة بالدقيق يعتبر المجانسة بما في الضمن حقيقة و
ان كان ذلك شيئا اخر حكما لان العاصب اذا غصب حنطة وطحنها يعتبر ملكا له ثم لا تجانس
بين الزيتون والزيت صورة فيعتبر ما في الضمن قوله والشبهة فيه كالحقيقة ولا يلزم
بيع اللحم بالحيوان عندهما لان اللحم في الشراء الحيوان غير مقصود وانما المقصود النسل
والاسامة ولا يعتبر المجانسة بما في الضمن اذا كان مقصودا كما في الزيت بالزيتون والسمسم
بالشيرج الا ترى ان اللحم في الحيوان وان كان موجودا حقيقة فهو كالمعدوم حكما حتى
لو اخذ بضعة من لحم الحيوان لا يحل تناولها عرفنا ان المقصود اللحم حاصل بالذبح حكما
حتى لو اخذ فلا يعتبر قبله قوله على هذا الاعتبار يعني ينبغي ان يكون المفرد اكثر مما في هذه
الاشياء والقطن قوله قيل يجوز لاختلافهما حقيقة وقيل لا يصح الا بطريق الاعتبار
لان في القطن غزل لا كلمه دقيق والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان اي سواء كان القطن
اكثر مما في الكرباس من القطن او اقل او مساويا بالاجماع قوله وكذا البان البقر والغنم
معطوف على قوله ويجوز بيع اللحمان المختلفة قوله وعن الشافعي رحمه انهما جنس واحد
لاتحاد المقصود وهو التغذي والتقوي بما لاختلاف بعد ذلك يرجع الى الوصف قوله
اذا لم يتبدل بالصنعة معناه ان للاجزاء حكم الاصول ما لم يتغير بالصنعة كما في الدهن
مع السمسم والعصير مع العنب فاذا تغيرت بالصنعة لم يبق له حكم الاصل كالخبز مع الحنطة
والكرباس مع القطن والدبس مع العنب يجوز البيع كيفما كان وقيل معناه ان اختلاف

جنس الاصول دليل اختلاف جنس الفروع الا ترى انه لا اتحاد في المقصود فان مقصود البيع تحصيل
لبن البقر دون لبن الابل وكذا بعض الناس يرغب في بعض اللحوم دون البعض وقد يضر
البعض وينفعه البعض حتى ان ما يكون اصله جنسا واحدا فانه جنس واحد كالبقر مع الجواميس
لكن اختلاف الاصل انما يوجب اختلاف الاجزاء اذا لم يتبدل بالصنعة فان الاجزاء
المختلفة اذا اتبع فيها صنعة يصير كجزء واحد بان اتخذ منها الحلوى لا يجوز بيعه متفاضلا
وفي مسئلتنا لم يتبدل بالصنعة فيكون الاجزاء مختلفة كاصولها قوله وشعر المعز و
صوف الغنم جنسان فان قيل يجب ان يكون جنسا واحدا لان المعز والغنم جنس واحد
حتى اعتبر اتحادهما في حق الالبان وفي حق تكميل النصاب قلنا نعم كذلك الا ان المقاصد
فيهما قد اختلفت فان الحبال الصلبة والمسوح انما يتخذ من شعر المعز دون صوف الضان
واللبود واللفافة انما يتخذ من صوف الضان دون شعر المعز فصار السبب اختلاف
المقاصد جنسين مختلفين ويحصل من هذا انما يوجب اختلاف الجنس في الشيء ثلاثة
احدها اختلاف الاصول كالبان البقر والغنم وكذا لحومهما والثاني التبدل بالصنعة مع
اتحاد الاصل كالهروي والزندنيجي والخبز مع الدقيق وذكر في المبسوط وكذلك
الزيت المطبوخ مع غير المطبوخ والدهن المربى بالبنفسج من غير المربى يجوز بيع رطل
من المطبوخ والمربى برطلين من غير المطبوخ وغير المربى لان تلك الرائحة بمنزلة زيادة في
عينها وذكر في الذخيرة ولو باع قمقمة من حديد او صفر او نحاس بقمقمتين من جنسها يجوز
متساويا لان الناس تركوا وزنها مع الامكان الا باعتبار الصنعة فعلم ان للصنعة تاثيرا
في تغير الاجناس والثالث اختلاف المقصود وان لم يتبدل الاصل والصنعة كشعر المعز وصوف
الضان قوله لان الخبز صار عدديا اي عند محمد رح او موزونا اي عند ابي يوسف رح قوله لا
خير فيه اي لا يجوز على وجه المبالغة لانه نكرة في موضع النفي فيتم نفي جميع الخير قوله وكذا
السلم في الخبز جائز في الصحيح احترز به عما روي عن ابي حنيفة رح انه يجوز في بيع المستقرض
واما السلم في الخبز فلا يجوز عند ابي حنيفة رحمه ولا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن اصحابنا
من يقول يجوز عندهما على قياس السلم باللحم ومنهم من يقول لا يجوز لما علل به في النوادر
عن ابي حنيفة رح انه قال لانه لا يوقف على حده معناه انه يتفاوت بالعجن والنضج عند
الخبز ويكون منه الثقيل والخفيف ثم هذه العلة اعتبر ابو حنيفة رح الاستقراض فيه
لان السلم اوسع بابا من القرض حتى يجوز السلم في الثياب ولا يجوز الاستقراض فيه
اذا لم يجز السلم في الخبز بهذا المعنى فلان لا يجوز الاستقراض اولى وابو يوسف رح يقول
الخبز مما يستقرض عادة والاستقراض في الموزونات وزنا يجوز وفي الذخيرة ذكر شيخ الاسلام
خواهرزاده لا يجوز السلم في الخبز عند ابي حنيفة ومحمد رح لا وزنا ولا عددا وعلى قول

King Saud University 1957

Copyright © King Saud University

ابو يوسف رحمه الله انه يجوز وزنا واختار المشايخ رحمهم الله للفتوى على قول ابي يوسف رحمه الله اذا اتى بشرايط لحاجة
الناس لكن يجب ان يحتاط وقت القبض حتى يقبض على الحجز الذي سمى حتى يصير استبدالا
بالمسلم فيه وقت القبض قوله والتقدم والتاخر يعني في اول الشهر وفي آخره قوله وهذا
اذا كان ما دفعه اليه لم يكن عليه دين له شرح لا يتحقق البيع فلا يتحقق الربوا قوله لما ان الاعتبار
بالمستامن اي يتحقق الربوا بين المسلم والمستامن في دارنا فكذا في درهم والجامع تحقق
الفضل الخالي عن العوض المستحق بعقد البيع والجواب ما ذكر في الكتاب والله اعلم

باب ومن اشترى منزلا فوقه منزل المنزل اسم لما يشتمل على بيوت وصحن وسقف
ومطبخ يسكنه الرجل بعياله والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل
على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف فكانت الدار اعم من اختها لاشتمالها عليهما
فاستتبع العلو ذكر الحقوق اولا والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله فلا تفاوت فلا
يدخل الا بالتنصيص والمنزل دون الدار وفوق البيت فيدخل العلو فيه تبعا بذكر التوابع
عملا بشبهه بالدار ولا يدخل بدونه عملا بشبهه بالبيت قوله بكل حق هو له اي المنزل
من الطريق والمسيل او بمرافقه او بكل قليل وكثير هو فيه لنحو الميزاب او منه كالكنيف
مخرج اي يدخل الا على واحد من هذه الالفاظ الثلاثة قوله والشي لا يكون تبعا
لمثله فان قيل يشكل على هذا المستعير فان له ان يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل
المكاتب فان له ان يكاتب قلنا المراد من عدم التبعية هنا في اللفظ الواحد بان يكون
اللفظ موضوعا لشيء فعند ذكر الشيء ان يدخل هو ومثله فانه لا يصح بل ما كان تبعا
لذلك الشيء يدخل تبعا للمذكور الذي وضع له اللفظ مقصودا واما في الاعارة وكذا
لم يتبع اللفظ ما هو مثله لكن لما اعار لو حل نفذ ملكه المنافع وولاية الاعارة
للمستعير انما نشات من تملك المنافع كالمالك لا انه لم يملك فيما يختلف باختلاف
المستعمل بخلاف المالك لان المستعار امانة في يده وفيما يختلف باختلاف المستعمل احتمال
وقوع التغرير فيه بسبب استعمال المستعير الثاني فمنع عنه حذرا وقوع التغرير فيه وكذلك
المكاتب لما اختص بمكاسبه كان هو احق بتصرف يوصله الى مقصوده وفي كتابة
عبده تسبب لما يوصله الى مقصوده عسى قوله عند ذكر التوابع وهو قوله بكل حق
او امثاله قوله وقيل في عرفنا العلو يدخل في جميع ذلك قال الحلواني على هذا
التفصيل بناء على عرف اهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم
البيت او المنزل او الدار لان كل مسكن يسمى خانه سواء كان صغيرا او كبيرا
الا دار السلطان فلا يسمى سراي قوله ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا وهو قوله
بكل حق هو له والظلة هو الساباط الذي يكون احد طرفيه على الدار المبيعة والطرف

الآخر على دار اخرى او على الاسطوانة في السكة ومفتحها في الدار وذكر في المغرب وقول الفقهاء
ظلة الدار يريدون السدة التي فوق الباب قوله لم يكن له الطريق يعني الطريق الخاص في
ملك انسان واما طريقها الى سكة غير نافذة والى طريق عام فيدخل وكذا ما كان له من
حق مسيل الماء او حق القاء الثلج في ملك انسان فلا يدخل كذا في شرح الطحاوي وفي
الذخيرة بذكر الحقوق انما يدخل الطريق الذي يكون وقت البيع لا الطريق الذي كان قبله
حتى ان من سد طريق منزله وجعل له طريقا آخر ثم باع المنزل بحقوقه يدخل تحت البيع
الطريق الثاني لا الاول قوله بخلاف الاجارة فان هذه الاشياء يدخل فيها وان لم
يذكر الحقوق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع بدون الطريق والمسيل والشرب
فيدخل ضرورة تصحيح العقد واما البيع فانه موضوع لملك العين لا للانتفاع بنوع
معين ولهذا يجوز بيع ما هو غير منتفع به في الحال كالمهر الصغير والجحش والارض السبخة
ولا يجوز اجارتها وفي الفوائد يفرق بين الاجارة وبين القسمة فان الدار اذا كان بين
رجلين وفيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر
الصفة فاقتسما فاصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة ولم يذكروا طريقا ولا مسيل
ماء وصاحب البيت لا يستطيع ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ولا يقدر ان يسيل ماءه
في ذلك فالقسمة فاسدة ولم يدخل الطريق والمسيل بدون ذكر الحقوق والمرافق
يجب بالجواز القسمة كما في الاجارة والفرق ان في الاجارة موضع الشرب لصاحبها ساوبه
الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستاجر والاجر انما يستوجب الاجر اذا تمكن
المستاجر من الانتفاع ففي ادخال الشرب تتوفر المنفعة عليهما فاما هنا فموضع الطريق
والمسيل داخل في القسمة وموجب القسمة اختصاص كل واحد منهما بما هو نصيبه ولا انتفاع
لاحدهما في نصيب الآخر تضرر به الآخر الا اذا ذكر الحقوق والمرافق لانه دليل الرضاء
به ثم فرق بين البيع والقسمة حيث يدخل الطريق والمسيل في البيع اذا ذكر الحقوق وان امكنه
ان يفتح بابا فيما ابتاع ويسيل ماءه فيه وفي القسمة لا يدخل والفرق ان المقصود بالقسمة
تميز احد الملكين عن الآخر واختصاص كل واحد من الانتفاع بنصيبه على وجه لا يتاكد
الآخر فيه فلا ينصار الى الانتفاع بنصيب صاحبه الا عند الحقوق ولا انتفاع بنصيب صاحبه يخل
بمقصود البيع فلهذا افترقا قوله ان البينة حجة مطلقة حتى يظهر في حق كافة الناس لان
البينة تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ في الكل واما الاقرار فحجة قاصرة
لانه لا يتوقف على القضاء ولانه على نفسه لا على غيره فيقتصر عليه ولهذا يرجع الباعة
بعضهم على بعض لو استحق بالبينة ولا يرجع في الاقرار وفي الفوائد الملك المطلق هو ملك بدون
سبب وللتاريخ الادنان والاسباب تتزاحم والزمان الذي فيه استقامة حدوث الملك لا يترجح

زمان آخر فكان نقضا فعلى هذا الزمان اولى والنتاج ايضا سبب لا يزاحم سبب آخر فكان تعيينا
اولى ولهذا قلنا لو ادعى ملكا مطلقا ثم ادعى ملكا بسبب صحت الدعوى وعلى العكس لا تصح
لان في الفصل الاول ادعى ما هو انقص وفي الفصل الثاني ادعى ما هو زائد ولا يقال
الملك المطلق لو كان ثبوته من الاصل وجب ان لا يرجح بينة النتاج على بينة المطلق لان
ثبوت الملك من الاصل في النتاج قطعي وهنا ثبوته ضرورة دلالة الدليل فلا تعارض
الثابت قطعا ولانا نقول بان ما ذكرتم من تعارض الازمان والاسباب موجود في الاولاد
وقد يقضي بالملك فيه من الاصل لان الاقرار اخبار فيصح بتمليك معنى لان الملك ثابت
للمقر بظاهر يده واثباته ذلك سبب الملك للغير فمن حيث انه اخبار كان يوجب ثبوته
في الولد كما في البينة ومن حيث انه تمليك لا يوجب استحقاق الولد فلا يثبت الاستحقاق في
الولد بالشك فاما الشهادة فاخبار من كل وجه والشاهدان لا يملكان التمليك من
الشهود له فاعتبر اخبارا من كل وجه فيثبت الاستحقاق من الاصل قوله يثبت الملك
في المخبر وهو كون الامة ملكا له ثم قيل يدخل الولد في القضاء بالام تبعا اي في فصل
البينة وقيل يشترط القضاء بالولد وهو الاصح لان الولد يوم القضاء اصل بنفسه فلا
بد من الحكم مقصودا دل عليه ما قال محمد رح ان القاضي اذا لم يعلم بالزوائد لا يدخل
الزوائد في الحكم وكذا الولد اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالام تبعا قوله ومن
اشترى عبدا اي شخصا على ظن انه عبد وقال العبد للمشتري اشترني فاني عبد انما قيد
بهذين القيدين لانه لو قال وقت البيع ولم يامره بالشراء او قال اشترني ولم يقل اني
عبد لا يرجع عليه بالثمن في قولهم جميعا قوله على كل حال اي سواء كان الراهن حاضرا
او غائبا قوله لان الرجوع بالمعاوضة او بالكفالة لما ان انواع الرجوع على الغير الضمان
كثيرة وذكر شمس الائمة الحلوائي رح في الجامع الصغير قول محمد رح مع قول ابي يوسف رح
قوله والبيع عقد معاوضة يستحق به السلامة فامكن ان يجعل الآمر به ضامنا للسلامة
عما هو موجبه اي موجب البيع فانه يقتضي سلامته فاذا لم سلامته بدله عند عدم
سلامته نفسه وتعذر رجوعه على البائع نفيا للغرور والضرر وكان تعذر الا ... في
مكانه بخلاف الرهن لانه لم يشرع معاوضة بل شرع لملك الحبس من غير عوض بل
معاقبة استيفاء لعين حقه من غير عوض فلا يمكن ان يجعل الآمر به ضامنا للسلامة
قوله حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه هذا استدلال لجواز الرهن على ان الرهن
ليس بمعاوضة اذ لو كان معاوضة لكان استبدالا ببدل الصرف والمسلم فيه قبل قبضه
ووقوع الاستيفاء بهلاك الرهن وانه حرام فلم يكن هذا غررا في عقد معاوضة فلا
ينهض سببا للضمان ولهذا اذا سال رجل غيره عن امن الطريق فقال له اسلك هذا الطريق

فانه امن

فانه آمن فسلكه فسلبه اللصوص لم يكن له ان يضمن المخبر شيئا لانه غرور فيما ليس بمعاوضة وبخلاف
الاجنبي فانه لا يبالي باخباره اذ لا علم له بحال العبد ظاهرا فلا يتحقق الغرور قوله لتضمنه تحريم
فرج الام لان الشهود يشهدون في شهادتهم الى تعيين الام فيحرم فرجها على من يدعي انها
ملكه وكذا بناتها وحرمة الفرج حق الله تعالى لا يشترط الدعوى كما في عتق الامة حتى لو خلت
عن تحريم الفرج كولد المغرور وهو حر الاصل ولا يتضمن حرمة فرج الام يكون الدعوى فيه
شرطا والتناقض مانعا قوله لخفاء العلوق فانه قد يجلب من دار الحرب صغيرا ولا يعلم بحرية
ابيه وامه فيقر بالرق ثم يعلم بحريتهما فيدعي الحرية والتناقض فيما يجري فيه الخفاء لا يمنع صحة
الدعوى قوله كالمختلعة تقيم البينة على الطلقات الثلث قبل الخلع وانما قيد بالثلث لان فيما
دون الثلث يمكن ان يقيم الزوج البينة انه تزوجها بعد الطلاق الذي اثبتت المراة ببينتها
قبل يوم الخلع بيوم واما في الثلث فلا يمكن قوله ومن ادعى حقا آه وهذه المسئلة تدل على
ان الصلح على معلوم عن مجهول يصح لان الجهالة في الساقط لا تفضي الى المنازعة وعلى
ان صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق في الدار ليست بصحيحة لجهالة المدعى
ولو اقام البينة عليه لا يقبل بينته الا اذا ادعى اقرار المدعى عليه بالحق فحينئذ تصح الدعوى وتقبل
البينة فصل في بيع الفضولي في المغرب الفضل الزيادة وقد غلب جمعه على ما لا خير فيه
حتى قيل فضول بلا فضل وسن بلا سن وطول بلا طول وعرض بلا عرض ثم قيل لمن يشتغل بما
لا يعنيه فضولي لانه لما صار بالغلبة لهذا المعنى صار كالعلم له ولم ينسب الى واحده في
النسب كالاعرابي والانصاري وهو في اصطلاح الفقهاء من ليس بوكيل وفتح الفاء
خطأ الاصل ان العقود يتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع
باطلة والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا عليه
يتوقف وقال الشافعي رح لا يتوقف عقد بيانه ان الصبي المحجور عليه اذا باع ماله او اشترى
شيئا او تزوج امراة او زوج امته او كاتب عبده او عقد عقدا يجوز عليه لو فعله وليه في حالة
الصغر يتوقف على اجازة وليه في حالة الصغر ولو بلغ الصبي قبل ان يجيزه الولي فاجازه
بنفسه ولا يجوز بنفس البلوغ من غير اجازة بعده ولو ان الصبي طلق امراته او خلعها
او اعتق عبده على مال او بغير مال او وهب ماله او تصدق او زوج عبده امراة او باع
ماله بمحاباة فاحشة او اشترى شيئا باكثر من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس في مثله
او غير ذلك من العقود مما لو فعله وليه في حال الصغر لا يجوز عليه فهذه العقود كلها
باطلة لا يتوقف وان اجازها الصبي بعد البلوغ لم يجز لان هذه العقود لا مجيز لها
وقت العقد فلا يتوقف على الاجازة قوله لانها بالملك او باذن المالك اي الولاية
الشرعية قوله ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية والقدرة اما بالملك او بالاذن ولهذا انه

King Saud University
Copyright © King Saud University

تصرف تمليك هذا من قبيل اضافة العام الى الخاص اى تصرف هو تمليك وانما قيد بالتمليك
احترازا عن تصرف هو اسقاط كالطلاق والعتاق فان الصبى اذا طلق امراته او عتق عبده
على مال او بغير مال لا يتوقف على اجازة الولى ولا على اجازة نفسه بعد البلوغ بخلاف ما
اذا باع ماله او اشترى شيئا او تزوج امراة فان هذه التصرفات منه يتوقف على اجازة
الولى او اجازة نفسه بعد البلوغ واما اذا صدر تصرف اسقاط من الفضولى بان
طلق امراة انسان او اعتق عبده فانه يتوقف على الاجازة لانه لم يعتبر الغاء لوقوعه
قد صدر من اهله فى محله اما بيان الاهلية فان التصرف كلام والاهلية للكلام حقيقة
بالتمييز واعتباره شرعا بالخطاب واما بيان المحلية فان البيع تمليك مال حال فالمحل انما يكون
محلا لكونه مالا متقوما وبانعدام الملك للعاقد فى المحل لا ينعدم المالية والتقوم الا
ترى انه لو باعه باذن المالك يجوز وما ليس بمحل لا يصير محلا بالاذن ولو باعه المالك
بنفسه جاز والمحلية لا تختلف بكون المالك متصرفا او المتصرف كما او غير مالك **فان قيل**
الغنا والتصرف شرعا الحكم بعينه والمراد بالاسباب الشرعية احكامها واشتراط الملك
فى الملك المحل لا حل الحكم والتمليك لا يتحقق الا من المالك فاذا لم يكن المتصرف مالكا
لغا تصرفه لانعدام حكمه **قلنا** الجواب عن هذا السوال بطريقين احدهما لا نم ان الحكم لا
يثبت بهذا التصرف بل يثبت حكم يليق بالسبب فانه يثبت بالسبب الموقوف ملك موقوف
كما يثبت بالسبب البات الملك البات ولهذا لو اعتق المشترى ثم اجاز المالك البيع نفذ
عتقه وهذا لانه لا ضرر على المالك فى اثبات ملك موقوف كما لا ضرر عليه فى انعقاد
السبب فاما الضرر ففى زوال ملكه وبالملك الموقوف لا يزول ملكه البات والثانى ان السبب
انما يعود لخلا عن الحكم شرعا فاما اذا تاخر عنه الحكم فلا لان الحكم تارة يتصل به
وتارة يتاخر كما فى البيع بشرط الخيار والعلة لا تبطل بتاخر حكمها لمانع فان اصل البيع
صحيح من المالك والحكم يتاخر على اصل الشافعى رح الى ان يسقط لانه تاخر لمانع وهو
الخيار وكذلك الراهن اذا باع المرهون بغير اذن المرتهن انعقد وتوقف الحكم
لحق المرتهنين وكذا الطلاق الى شهر سبب للايقاع صحيح والحكم متاخر وكذلك شهود
رمضان سبب لوجوب الصوم والوجوب متاخر فى حق المسافر والمريض وكذا يلزم طلاق
الصبى الذى يعقل امراته فانه لا ينعقد وان كان هو اهل الكلام حتى لو طلق امراة غيره
والمحل موجود وهو المنكوحة لانا نقول ان الشرع الحق الصبى الذى لا يعقل فيما يتضرر
من الاحكام نظرا له حتى لا يلزمه حقوق الله تعالى وان تحققت الاسباب من ادراك
وقت الصلوة وتحقق الشروط من ملك الزاد والراحلة لان اللزوم ضرر فى نفسه
فلا يتحقق شرعا بالاهلية والطلاق ازالة الملك ابطال لما شرع مصلحة كالهبة فلا يتحقق اهلا

للكلام

للكلام من ذلك الوجه كما لم يصر اهلا لوجوب حقوق الله تعالى **قوله** وعزمه وهو حقوق العقد فانها
لا يرجع الى المالك **قوله** كيف وان الاذن ثابت دلالة اى فى حق الانعقاد لان النفع فيه **قوله** او
نفع المشترى لانه اقدم عليه طائعا ولو لم يكن فيه نفع لما اقدم **قوله** بمنزلة الوكالة السابقة من
حيث ان كل واحد منهما رافعة للمانع **فان قيل** لا نم ان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة
الا ترى ان الفضولى لو باع ملك الغير والمشترى من الفضولى باع من غيره ثم اجاز المالك بيع
الفضولى لا ينفذ بيع الفضولى **قلنا** الملك البات ابطل الموقوف وههنا ملك المشترى — المشترى من ٣
من الفضولى يكون باتا باجازة المالك فيبطل ملك المتحصل الذى اشتراه من مشترى الفضولى
قوله وللفضولى ان يفسخ قبل الاجازة الى قوله بخلاف الفضولى فى النكاح اى الفضولى فى
البيع الفسخ قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه وليس للفضولى فى النكاح ذلك يعنى انه
ليس له الفسخ بالقول وله ان يفسخ بالفعل بان يزوج رجلا امراة برضاها فقبل اجازة الزوج تزوج
اختها كان نقضا للنكاح الاول **قوله** لانه معبر محض حيث لا يرجع الحقوق اليه فاذا عبر
فقد انتهى وصار هو بمنزلة الاجنبى **قوله** ثم الاجازة اجازة نقد لا اجازة اى يتعلق الثمن من
ماله **قوله** لانه شراء من وجه والشراء يتوقف اى اذا وجد نفاذا على العاقد فانه يتوقف على
اجازة من اشترى له كما لصبى المحجور اذا اشترى بغيرها فانه يتوقف على الاجازة وهذا اذا اضاف — وللعبد المحجور م
العقد الى الذى اشتراه له بحوله بقول البائع بع عبدك من فلان بكذا فقال الاخر بعت
وقبل المشترى هذا البيع منه للرجل فلان فانه يتوقف على اجازة ذلك الرجل واما اذا قال
المشترى اشتريت منك هذا العبد بكذا للرجل فلان وقال المشترى اشتريت نفذ الشراء على
نفسه ولا يتوقف وتحقيقه ان الثمن اذا كان عرضا كان الفضولى بايعا مال الغير مشتريا
العرض من وجه واما الشراء لا يتوقف لان الثمن يلزم فى ذمة المشترى بالشراء فيلزمه
بالتراضى بخلاف البيع لان فيه اضرارا بالمبيع وهو ملك الغير فيتضرر الغير لو نفذ العقد فقلنا
بالتوقف كيلا يتضرر الغير فاذا اجاز المالك البيع بالعرض كان مجيزا بعد ما ملكه عوضا عما
اشترى فصار الفضولى مستقرضا عن المالك ما باعه وان كان حيوانا لان استقراضه يصح
فى ضمن الشراء وان كان لا يصح قصدا لانه يثبت مقتضى الشراء فيثبت بشرطه والشراء
مشروع فيكون ما فى ضمنه مشروعا ويرجع عليه المالك بمثله ان كان مثليا او بقيمته ان
لم يكن مثليا فاعتبار جانب الشراء احق من البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقد
عليه واعتبار جانب البيع يقتضى التوقف على غيره وهو خلاف الاصل **قوله** فى الفصلين
اى فيما اذا كان الثمن دينا او عرضا فلا يجوز باجازة غيره **فان قيل** يشكل بالامة اذا تزوجت
بغير اذن مولاها ثم مات المولى فانه ينعقد باجازة الوارث ثم لم يحل له وطيها **قلنا** الامة
تصرفت باهليتها لانها باقية على اصل الحرية فيما هو من خواص الادمية والنكاح من خواصها

وانما يتوقف على اجازة المالك والوارث مالك كالمورث فلم يثبت له ملك بات يبطل الملك
الموقوف **قوله** لان الشك وقع في شرط الاجازة وهو بقاء المبيع **فان قيل** الشك هنا
استوى طرفاه وههنا طرف البقاء راجح لان الاصل في كل موجود بقاءه ما لم يتيقن بالزوال
فكان باقيا عملا بالاصل **قلنا** ذلك عمل باستصحاب الحال وهو حجة للدفع لا للاثبات
وههنا يحتاج الى نفاذ البيع وثبوت الملك للمشتري فلا يثبت عند انكار المشتري بلكه
حتى لا يكتفى به **قوله** المصحح للاعتاق الملك الكامل لقوله عليه السلام لا عتق فيما لا يملكه ابن
آدم **فان قيل** الملك الناقص يكفي لصحة الاعتاق الا ترى انه لو اعتق المكاتب يصح والملك
في المكاتب ناقص بدليل حرمة المكاتبة بخلاف وطي المدبرة فان الملك فيها والرق ناقص
في المكاتب على العكس **قلنا** نعم كذلك الا ان الكتابة تنفسخ في ضمن الاعتاق لما ان
عقد الكتابة غير لازم في جانب العبد وانه لما رضي بالاعتاق بالبدل كان ارضى للاعتاق
بدون البدل **قوله** ولهذا لا يصح ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان يعني ان الغاصب
لو اعتق ثم ضمن القيمة لا ينفذ عتقه مع ان الملك الثابت له بالضمان اقوى من الملك
الثابت للمشتري ههنا حتى ينفذ بيعه ولا ينفذ بيع المشتري منه ثم لم ينفذ عتقه عند
اداء الضمان فاولى ان لا ينفذ عتق من يتلقى الملك من جانب المشتري **قوله** وكذا لا يصح بيع المشتري
من الغاصب فيما نحن فيه اي المشتري من الغاصب اذا باع من الغير ثم اجاز المالك البيع
الاول لا يصح هذا البيع الثاني فكذلك اذا اعتق مع ان البيع اسرع نفاذا من العتق الا
ترى ان الغاصب اذا ادى الضمان نفذ بيعه ولو اعتق ثم ضمن لم ينفذ عتقه وكذا المكاتب
والماذون يملكان البيع لا الاعتاق وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى
الغاصب الضمان فينبغي ان لا يصح اعتاقه في فصل الاجازة ايضا **قوله** بشرط في مطلق
احتراز من البيع بشرط الخيار موضوع لافادة الملك احتراز عن الغصب لان الغصب
ليس بموضوع لافادة الملك **قوله** وصار كاعتاق المشتري من الراهن والجامع اعتاق
في بيع موقوف **قوله** لان الغصب غير موضوع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما ثبت
الملك به ضرورة عند اداء الضمان كيلا يجتمع في ملك واحد بدلان فلم يكن الغصب في
الحال سببا للملك ليتوقف الملك ويتوقف العتق حكما له **قوله** اذ هو بعرض ان يصير سببا
عند اداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس
بمطلق وخيار الشرط يمنع انعقاده في حق الحكم اصلا فكان الملك معدوما لوجود الخيار
المانع فلم يصادف الاعتاق محلا مملوكا للمشتري فلغا وههنا البيع مطلق وهو الاصل في
الاسباب المطلقة ان يعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما يثبت ههنا لضرورة دفع
الضرر ولا ضرورة في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حق ما يعتق

[illegible]

[illegible]

بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي تتضرر المالك بها في المشتري من الغاصب اذا
اعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشتري
يثبت بناء على ملك الغاصب وانه لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح
انه ينفذ لان ملك المشتري يثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء واحتمل البيع عند الاجازة
بخلاف الغاصب فانه ملك بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك ناقصا
كملك المكاتب وبخلاف المشتري من الغاصب اذا باع لان بالاجازة يثبت للبائع وهو المشتري
من الغاصب ملك بات وطرو الملك البات على الملك الموقوف يبطله وهذا المعنى وهو
انه لا يتصور اجتماعهما اعني الملك البات مع الملك الموقوف في محل واحد في البيع
سبب لبطلانه بلحوق الاجازة **فان قيل** يشكل على هذا الاصل ما اذا باع الغاصب ثم
ادى الضمان ينقلب البيع جائزا وان طرأ الملك البات الذي يثبت للغاصب بادائه
على ملك المشتري الذي اشتراه منه وهو موقوف **قلنا** ان ثبوت الملك للغاصب ضروري
لان الملك يثبت له ضرورة وجوب الضمان فلم يظهر في حق ابطال ملك المشتري
فان قيل الملك البات ليس بمانع للملك الموقوف حتى يثبت الملك للمشتري موقوفا و
ان لا يكون رافعا لان المنع اسهل من الرفع **قلنا** المنع انما يكون عند التعارض ولا تعارض
لان الملك الموقوف لم يظهر في حق الملك وانما يظهر في حق العاقدين لان البيع قائم بهما
فاذا اجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي **قوله** واما اذا ادى الغاصب
الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه هذا جواب بطريق المنع لما ذكر محمد رحمه الله بقوله وكذا لا
يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب المنع هو الاصح وقيل المبسوط واما
اذا اعتقه المشتري ثم نفذ البيع بتضمين الغاصب فالاصح انه ينفذ العتق ايضا هكذا ذكره
هلال رحمه الله في كتاب الوقف فقال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان والعتق اولى وبعد
التسليم هنالك يملك المشتري من جهة الغاصب المستند للغاصب حكم الملك لا حقيقته
ولهذا لا يستحق الزوائد المنفصلة في حكم الملك يكفي لنفوذ البيع دون العتق كحكم ملك المكاتب
في كسبه ولهذا لم ينفذ اعتاق الغاصب فكذا اعتاق من يتلقى الملك من جهته وههنا انما
يستند الملك الى وقت العقد من جهة المجيز المحكم كان مالكا له حقيقة فيمكن اثبات
حقيقة الملك للمشتري من وقت العقد ولهذا نفذ عتقه **قوله** فان قطعت يد العبد
اي في يد المشتري من الغاصب في المبسوط كما لو حدثت للجارية عند المشتري من ولد او
كسب او من جناية وما اشبهها فهو للمشتري لان عند اجازته ينفذ العتق ويثبت الملك
للمشتري من وقت البيع فان سبب الملك هو العقد فكان تاما في نفسه ولكن امتنع ثبوت ٦٠
الملك لمانع وهو حق المغصوب منه فاذا ارتفع ذلك بالاجازة يثبت الملك له من وقت السبب

لان الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء رفيتبين ان الزوايد حدثت على ملكه وذكر الامام قاضي
خان واذا صحت الاجارة كان القطع حاصلا في ملك المشتري فيكون الارش له ثم قال وهنا
بخلاف ما اذا غصب من آخر عبدا فقطعت يده وادى الغاصب الضمان حيث لا يكون
الارش للغاصب لان ملك المضمون عند اداء الضمان من وقت الغصب لان الغصب
لم يوضع سببا للملك وانما يثبت الملك في المضمون مستندا لمكان الضرورة على ما
عرف والاستناد لا يظهر في المنفصل اما البيع نسبب موضوع للملك فجاز ان يظهر
في المتصل والمنفصل **قوله** بخلاف الاعتاق اي كاستغناء اعتاق المشتري فيما اذا كان الخيار
للبائع على ما مر وهو قوله بخلاف ما اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق **قوله**
فقران الشرط به يمنع انعقاده يعني ان الخيار يمنع البيع من كونه سببا للملك في الحال
فلا يملك المحل اصلا اذ الملك انما يثبت بالسبب اما صفة التوقف فتحتمل العقد كالمضاف
اليها بعد الاجازة وذلك لا يمنع كون العقد سببا في الحال **قوله** ويتصدق بما زاد
على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه اي اذا كان القطع قبل القبض لان المبيع اذا لم يكن
مقبوضا للمشتري لا يكون في ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن **قوله** اذ فيه شبهة عدم الملك
اي اذا كان القطع بعد القبض لان الملك غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت
بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه **قوله** لما ذكرنا يعني ان الملك الثابت
اذا طرء على ملك موقوف ابطله كما لو اشترى الغاصب العبد يبطل بيعه بخلاف ما لو
ادى الضمان بعد البيع حيث ينفذ بيعه لان باداء الضمان يثبت الملك من وقت الغصب
فلا يكون طاريا ولان فيه غرر الانفساخ اذ انفاذ هذا البيع معلق بنفاذ الاول ونفاذ
الاول معلق باجازة المالك وهو ربما لا يجيز العقد الاول فربما لا يجيز فان لم يجز نفذ العقد
الثاني والا لا ينفذ فتعلق نفاذه بما فيه خطر فيمتنع الجواز بخلاف الاعتاق لانه لا يؤثر
فيه الغرر وههنا يجوز اعتاق المبيع قبل القبض وبيعه لا يجوز لان فيه غرر الانفساخ
على احتمال هلاك المبيع قبل القبض فتبين انه ما لا يفسخ على انه روي عن ابي حنيفة انه يتوقف
البيع كما يتوقف العتق **فان قيل** هذا التعليل شامل لبيع الغاصب من مشتريه وبيع
الفضولي ايضا لانه يحتمل ان يجيز المالك بيعهما ويحتمل ان لا يجيز ومع ذلك العقد يبيع الفضولي
والغاصب موقوفا **قلنا** مع بيع الفضولي موقوفا لما ذكرنا ان فيه نفعا للمالك حيث
مؤنة طلب المشتري اه فرجحنا جانب النفع على جانب غرر الانفساخ فقلنا ينعقد موقوفا
وقيل هذا النفع للتوهم في البيع الثاني لانه لم يملك المشتري الاول حتى يطلب مشتريا
فيجوز البيع الثاني معرضا بغرر الانفساخ **قوله** بخلاف البيع الصحيح فانه اذا باع عبدا بيعا
صحيحا ثم قتل في يد البائع لا ينفسخ العقد لثبوت الملك عند القتل فامكن ايجاب البدل له

نعق

بعد للمبيع فاما القيام خلفه **قوله** وان اقر البائع بذلك عند القاضي انما قيد بقوله عند القاضي
لان اقراره انما يثبت عند القاضي اذا اقر عنده لانه لا يسمع البينة عليه للتناقض في الدعوى
قوله وذكر في الزيادات لان المشتري اذا صدق مدعيه ذكر محمد في الزيادات رجل اشترى
جارية بالف درهم وقبضها ونقد الثمن ثم اقام البينة على اقرار البائع ان الجارية لفلان وان
بيعه اياها بغير امره ولا فرق بينهما سوى ان البائع هناك اصل وههنا كفيل وفرقوا ان
العبد في مسئلة الجامع الصغير في يد المشتري وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط
الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالمة للمشتري واذا كان كذلك يصح دعوى الرجوع
بالثمن لعدم شرطه وقال بعضهم مسئلة الجامع انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع وموضوع
الجامع الصغير فيما اذا قام بينة على اقرار البائع قبل البيع واقدامه على الشراء ينفي اقرار البائع
قبل البيع انه للمستحق فصار متناقضا والمتناقض لا يصح دعواه فلا تسمع بينته وموضوع
الزيادات فيما اذا اقام بينة على اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق واقدامه على الشراء لا ينفي
اقرار البائع بعد البيع انه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته **باب السلم** هو اخذ عاجل
باجل ويختص بهذا الاسم لاختصاصه بحكم يدل الاسم عليه وهو تعجيل احد البدلين وتاجيل
الآخر وقيل السلم والسلف بمعنى وسمي هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان اوان
البيع بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد والسلم انما يكون عادة بما ليس بموجودة في ملكه
فيكون العقد معجلا على وقته سمي سلما او سلفا وهو مشروع بالكتاب فقال
ابن عباس رضي اشهد ان الله تعالى احل البيع السلم المؤجل وانزل فيه اطول آية وتلا قوله تعالى
يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى فاكتبوه والسنة وهو قوله عليه السلام رخص
في السلم واجماع الامة والقياس يابى جوازه لان السلم فيه بيع وهو معدوم وبيع موجود
غير مملوك او مملوك غير مقدور التسليم لا يصح فبيع المعدوم احق ولكنا تركناه بما
ذكرنا ويصح بلفظ البيع بان يقول اشتريت منك كر حنطة كذا بكذا الى كذا على ان يوفيه
في مكان كذا وقال زفر لا يصح لانه عقد خاص ثبت بلفظ خاص بخلاف القياس فلا يعدل
عنه قلنا ان كل واحد منهما تمليك مال بمال والبيع اسم جنس فاصيب كما ينعقد بيانه باسم
جنس **قوله** السلف المضمون اي السلم الواجب في الذمة وهو صفة معرفة للاجزاء كما في
قوله تعالى يحكم بها النبيون الذين اسلموا ولا طائر يطير بجناحيه وقوله عليه السلام بالعين الفرايض
فلاولى رجل ذكر **قوله** ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بثمن مؤجل هذا الاختلاف فيما اذا
اسلم الحنطة في غير الثمن العروض في الدراهم اولا فعندنا عيسى بن ابان يكون عقدا
باطلا وكان ابو بكر الاعمش يقول ينعقد بيعا بثمن مؤجل اما لو كان كلاهما من الاثمان
بان اسلم عشرة دراهم او في دنانير فانه لا يجوز اجماعا **قوله** ولا يمكن لان الدراهم والدنانير

King Saud University
Copyright © King Saud University

قط لا يكون مبيعا لانهما خلقا ثمنا والمسلم فيه مبيع **قوله** وكذا في المذروعات نحو الثياب والبسط والحصر
والبواري **فان قيل** ينبغي ان لا يجوز السلم في المذروعات لان السلم ثبت بخلاف القياس لانه بيع المعدوم
والنص ورد في الكيلي والوزني وهو قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم
انما اقتضى الجواز في المكيل والموزون باعتبار امكان التسوية في التسليم على ما وصف في
السلم فيه والتسوية كما يتحقق بالكيل كذلك تتحقق بالذرع فيجوز السلم في المذروعات بطريق
الدلالة **فان قيل** انما يجوز العمل بدلالة النص اذا لم يعارض عبارة النص وههنا عبارة قوله
عليه السلام لا تبع ما ليس عندك تنفي الحاق المذروع **قلنا** العام من الكتاب اذا خص لا يبقى الباقي
حجة عند ابي الحسن رح فكيف في السنة وعلى القول المختار ان بقي حجة ولكن ينزل دون مرتبة
القياس وخبر الواحد حتى وجب اثباته بدليل جواز التخصيص بالقياس ولا شك ان دلالة
النص اقوى من القياس وخبر الواحد حتى وجب اثبات الحدود والكفارات بالدلالة ولم يثبت
شيء من ذلك بالقياس وخبر الواحد كذا ذكر في الايضاح **قوله** وانما جوزنا السلم في الثياب
الثياب استحسانا لانها مصنوع العبد والعبد يصنع بالالة واذا اتحد الصانع والالة
يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات
ولا يتحمل في الاستهلاك الا ترى ان الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو استهلك شيئا
يسيرا وجب عليه الضمان **قوله** وقيل هذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح انه لا يجوز
وههنا لانها اثمان وهذا الخلاف مبني على الخلاف في بيع الفلس بالفلسين باعيانهما ومن
المشايخ من قال يجوز السلم في الفلوس بقول الكل وهذا القائل يفرق لمحمد رح بين السلم و
البيع والفرق ان من ضرورة جواز السلم كون المسلم فيه مبيعا اما ليس من ضرورة جواز
جواز البيع كون المبيع ثمنا فان بيع الاثمان كبيع الدراهم بالدراهم وبيع الدنانير بالدنانير
جائز فلا يتضمن اقدامهما على البيع ابطالا لذلك الاصطلاح في حقهما فبقيتا كما كان
فلا يجوز بيع الواحد بالاثنين **قوله** بيان الجنس نحو الابل والسن نحو الجذع والثني
والنوع كالبختي والعربي والصفة نحو السمين والهزيل بان يقول بعير بختي ثني مخاض
جيدا وعبد تركي ابن عشر سنين جيد **قوله** حتى العصافير جواب سؤال بان يقال
السلم في الحيوانات انما لا يصح لتفاوت بين الناس فيه والتفاوت في العصافير غير معتبر
بينهم فينبغي ان يصح السلم فيها فاجاب ان العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى والنص
لم يفصل بين حيوان وحيوان **قوله** ولا في اطرافه كالرؤس والاكارع للتفاوت فيها
فالتفاوت بين راس وراس وكراع معتبر بين الناس فانهم يكسون فيه ولو اسلم فيه وزنا يختلفوا
فيه **قوله** ولا في الجلود عددا اي في جلود الابل والبقر والغنم الا اذا بين الطول والعرض
والصفة وقال مالك رح لا يصح السلم في نفس الحيوان وجلوده عددا للتفاوت ولا في

الحطب

الحطب حزما اوقارا لان هذا مجهول لا يعرف طوله وعرضه وغلظه فان عرف ذلك فهو
جائز كذا في المبسوط **قوله** ولا في الرطبة جرزا بتقديم الراء المهملة على الزاء المعجمة وهو
القبضة من القت ونحوه او الحزمة لانها قطعة من الجرز وهو القطع ومنها قولهم باع القت
جرزا وما سواه تصحيف كذا في المغرب واما الجزز بكسر الجيم والزاءين المعجمتين جمع جزة
وهو الصوف المجزوز وهذا ليس بموضعه **قوله** اذا كان يعلم وجه لا يتفاوت اي بالشد
نحو القصا اما اذا كان يتفاوت نحو الشوك والسوس فلا يجوز لافضائه الى المنازعة
قوله ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا من حين العقد الى حين المحل هذه المسئلة
على وجوه اربعة ان كان المسلم فيه موجودا عند العقد منقطعا عن ايدي الناس عند
المحل لا يصح اتفاقا وان كان منقطعا وقت العقد موجودا في ايدي الناس عند المحل او كان
موجودا عند العقد وعند المحل منقطعا فيما بينهما لا يصح عندنا خلافا للشافعي رح وان
كان موجودا وقت العقد الى وقت المحل يصح اتفاقا وحد الانقطاع هو ان لا يوجد في
السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت كذا في الذخيرة ولنا قوله عليه السلام لا
تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها الحديث دل على ان القدرة عند المحل غير كافية لجواز
العقد اذ لو كان لم يكن لتقييد النبي عليه السلام بقوله حتى يبدو صلاحها فائدة على ان
الوجود معتبر من حين العقد الى حين المحل **قوله** ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار
وقال زفر رح بطل العقد ويسترد راس المال للعجز عن تسليمه وصار كما لو هلك المبيع في بيع
العين **قوله** والعجز الطارئ على شرف الزوال بان يصبر الى ان يوجد فيه فارق الهلاك
المعقود عليه في البيع ما يا صلا وفي السلم المعقود عليه دين في الذمة وهو باق لبقاء الذمة
قوله وقالا اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز وفي الذخيرة وعلى قول
ابي يوسف ومحمد رح اذا بين الجنس بان قال شاة او بقرة وبين السن بان قال الجذع او الثني
وبين النوع بان قال خصي او فحل وبين صفة اللحم بان يقال سمين او مهزول وبين الموضع بان
قال من الجنب مثلا وبين القدر بان قال عشرة امنا فالجهالة تنعدم بهذه الاشياء **قوله** و
لهذا يضمن بالمثل اي عند الاتلاف ايضاح لقوله موزون مضبوط الوصف وكذا قوله و
يجوز استقراضه وزنا لان الاستقراض لا يصح الا في المثليات ويجري فيه ربوا الفضل لعلة
الوزن والوزن يصلح لتقدير المثليات فكان مضبوطا فيصح السلم فيه كما في الالية والشحم
قوله بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه اي من لحم الطيور لان عظم جنس
الطير قليل لا يشترى لحم العضو عادة **قوله** او في حنطة او ثمرة ... درجات
متفاوتة فلا ينضبط المالية بذكرها **قوله** وهو الاصح لجواز ان يكون معلوما بعلامتين يعلم
احدهما لا يدل على الجواز **قوله** وكذا الاستقراض اي ممنوع ايضا فان سلم فالمثل عندك من الفقه

لانه يماثله صورة ومعنى والقيمة لا يماثله العين صورة والموجب الاصلي رد العين منهما
والمثل اقرب الى العين فكان اعدل منهما ولان القبض محسوس معاين في القرض والمتشبهه
الى الغصب فامكن اعتبار المقبوض ثانيا بالاول والسلم يقع على الموصوف في الذمة وبالوصف
عند العقد لا يعرف الموجود عند المحل **قوله** ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله
يجوز حالا لاطلاق الحديث ورخص في السلم فمن اصل الشافعي رحمه الله حمل المطلق على المقيد
من قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم الى اجل معلوم فقال انما تركت ذلك
وحديث الاصول صار حديث وحديث الوصول البيع عن مؤجل والكتابة مؤجلة
على اصله وهذا دائر كما نقول تركت اصلي في كفارة اليمين لان حديث الاصول متعارضة
فان صوم المتعة مشروع بصفة التفرق وصوم الظهار مشروع بصفة التتابع فتركت
صوم كفارة اليمين مطلقا على حاله اذ ليس فرق كما في صوم المتعة والشاهد تابع كما في صوم
الظهار ومن اصل علمائنا رحمهم الله لا يحمل المطلق على المقيد اذا امكن العمل بهما فاما اذا لم يمكن
كما في النصين في صوم كفارة اليمين عملنا بالتتابع بطريق الزيادة وهنا المامور به الاطلاق والتقييد
في الحكم وهو جواز عقد السلم عند ذكر الاجل وعدم الجواز عند تركه كان التقييد بشرط
الاجل وصفا زائدا على الحكم المطلق ولم يمكن العمل بهما فعملنا بالزيادة لا على طريق حمل
المطلق على المقيد واحتج الشافعي رحمه الله في ذلك الحديث ورخص في السلم فقال ثبت في
السلم رخصة مطلقة فاشتراط التاجيل فيه زيادة على النص والمعنى فيه انه معارضة
مال بمال فيكون الاجل فيه ترفيها لا شرطا كالبيع والاجارة ولان الظاهر من حال العاقل
انه لا يلتزم تسليم ما لا يقدر على تسليمه وكان الظاهر انه يقدر على تسليمه وذلك يكفي
لجواز العقد ولئن لم يكن قادرا على التسليم فيما يدخل في ملكه من المال يقدر على التحصيل
والتسليم ولهذا اوجبنا تسليم راس المال على رب السلم اذ لا فرق بعض السلم فيه وبهذا
فارق الكتابة الحالة قال فانه لا يجوز الكتابة الحالة فان العبد يخرج من يد مولاه غير مالك
شيئا فلا يكون قادرا على تسليم البدل ولا يدخل في ملكه للتقدير على التحصيل الا بعد مدة فلهذا
لا يجوز الا مؤجلا وحجتنا فيه قوله عليه السلام من اسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن
معلوم الى اجل معلوم فقد شرط لجواز السلم اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر و
المراد بيان ان الاجل من شرائط السلم كالرجل يقول من اراد الصلوة فليتوضأ لا ايكون
المراد انه اذا اسلم مؤجلا ينبغي ان يكون الاجل معلوما وقال صاحب الاسرار فيه نظاهر
عموم السلم على من اراد الا بهذه الاوصاف نكون قال الآخر من دخل داري فليدخل ملتمس
البصر من كلمى فليكلم بالصواب بعضنا المطلق في حديث الرخصة هذا وفيه اشكال لانه
مقيد القضا وما جاز من السلم في المذكور في الحديث اذ السلم صح في المذروع والمعدود

فكان

وكان الحديث ساكتا عن بيان السلم الحال وما رواه ناطق فيصح ويمكن ان يقال ان الاصل عدم جواز
السلم لكونه بيع ما ليس عند الانسان وما ورد النص بجوازه الا مؤجلا وما روي حكاية
حال فلا عموم لها وقد انعقد الاجماع على السلم المؤجل اجماعا فلم يرد غيره كيلا يعم **قوله** ولو كان قادرا على
التسليم لم يعجبا لمحض **فان قيل** الرخصة ثابتة في حق من قدر على التسليم وفي حق من
لم يقدر ولو كانت شرعية دفعا للحاجة المفالسين لاختص بحالة الافلاس **قلنا** شرعيته لدفع حاجة
المفالسين لان الافلاس امر باطن لا يمكن الوقوف على حقيقته والشرع بنى هذه الرخصة على الحاجة فبني
على السبب الظاهر الدال على الحاجة تمكينا لتعليق الحكم به والبيع بالخسران دليل الحاجة ونظيره اقامة السفر
مقام المشقة واقامة النكاح مقام الماء في النسب **قوله** متفق على الشافعي فهو قوله لا تبع ما ليس
عندك **قوله** والاجل ادناه شهر فهو الاصح وعليه الفتوى لان من حلف ليقضين دينه عاجلا
فقضاه قبل تمام الشهر بر فاذا كان ما دون الشهر في حكم العاجل فالشهر وما فوقه في حكم الآجل وقيل
ثلثة ايام كالاجل في شرط الخيار وقيل اكثر من نصف يوم لان المعجل ما ينقض في المجلس والمؤجل ما
لم يقبض فيه ولا يبقى المجلس بينهما اكثر من نصف يوم عادة **قوله** وتقدير من قبل اي في اول كتاب البيوع
قوله ما ينكبس بالكبس تعلى جلالة الدبوغ في املاه **قوله** والىه اشار النبي صلى الله عليه وسلم حين قال
ارايت ان اخرجت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه يعني براس المال قاله حين سئل
عن السلم في نخل فلان **قوله** ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا باس به على ما قالوا
المبيان ان صفة الحنطة السلم فيها مثل صفة حنطة تلك القرية وفي المبسوط واذا اسلم
في حنطة من حنطة هراة خاصة وهي تنقطع عن ايدي الناس فلا خير فيه كما لو اسلم في طعام
قراح بعينه قيل لم يرد بهذا هراة خراسان وانما اراد قرية من القرى اسمه هراة فطعام
تلك القرية يتوهم ان يصيبها آفة اما هراة خراسان فلا يتوهم انقطاع طعامها فهو والسلم
في طعام العراق والشام سواء واذا اسلم في ثوب هروي فلا باس به من اصحابنا من يقول
بان الثوب الهروي لا يتوهم انقطاعه بخلاف الطعام والمراد بذلك اصل طعام هراة ولا
بالاصل ثوب كهراة وهذا ضعيف فالمراد بيان اصل ثوب كهراة ولكن المعنى الصحيح في
الفرق ان نسبة الصوف الى هراة لبيان جنس المسلم فيه لا لتعيين المكان فان الثوب الهروي
ما ينسج على صفة معلومة سواء نسج على تلك الصفة بهراة او بغيرها يسمى هرويا بمنزلة
الديباج والويلدي والى هذا اشار في الكتاب فقال الثوب الهروي من الثياب بمنزلة الحنطة
من الحبوب يعني هذا بيان الجنس بخلاف الحنطة فان حنطة هراة ما ينبت باارض هراة
حتى ان النابت في موضع آخر لا ينسب الى هراة وان كان بتلك الصفة فكان هذا تعيينا للمكان
وذلك يتوهم انقطاعه قال مشايخنا ان نسب الى موضع يعلم ان مراده بذلك بيان الصفة
فذلك لا يفسد البيع كالخز الى بخارا فانه يذكر ذلك لبيان جودة الحنطة ولا يختص بما ينبت

بتلك القرية وكانت قال فحطة حيث السقى با يسقى سيحا فعيل بمعنى مفعول والبخسى نخلافه منسوب
الى البخس وهى الارض التى يسقيها السماء لانها منحوسة الحنطة من الماء والاصل فيه ما رويناه وهو
قوله عليه السلم من اسلم منكم آه والعقد يا بيانه وهو قوله ولان الجهالة فيه مفضية الى المنازعة **قوله**
ومعرفة مقدار راس المال اذا كان يتعلق العقد على مقداره احترز به عما اذا كان راس المال ثوبا
لان الذرع وصف لا يتعلق العقد بمقداره فاعلام الوصف بعد الاشارة ليس بشرط وهذا لو اشترى
ثوبا على انه عشرة اذرع فوجده احد عشر يسلم له الزيادة ولو وجده تسعة لا يحط عنه شئ من
الثمن فالمسلم فيه لا يقسم على عدد الذرعان بشرط اعلامه لان الاوصاف لا يقابلها شئ من
الثمن فجهالة مقدار الذرعان لا يؤدى الى جهالة المسلم فيه وههنا المسلم فيه يقابله المقدرات
مؤدى الى جهالة المسلم فيه فيفسد العقد **قوله** ما سبق الثمن بان يقول اشتريت بهذه الدراهم و
لم يبين مقدارها والاجرة بان يقول استاجرت بهذه الدراهم ولم يبين مقدارها **قوله** وصار
كالثوب بان يقول اسلمت هذا الثوب لم يبين قدر الذرعان **قوله** فلو لم يعلم قدره لا يدرى
فى كم بقى **فان قيل** فى هذا الاعتبار شبهة الشبهة او اكثر وذلك لان وجود بعض راس المال
زيوفا فيه شبهة واحتمال لانه يحتمل ان لا يجد زيوفا وهو الظاهر وبعد الوجود الرد محتمل وبعد
الرد ترك الاستبدال فى مجلس الرد محتمل والمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها **قلنا** هذه
شبهة واحدة لان كلها مبنى على وجوده فكانت شبهة واحدة فيعتبر **قوله** والموهوم فى هذا
العقد كالمحقق لشرعه مع المنافى وهو قوله عليه السلم لا تبع ما ليس عندك وانه بيع المعدوم
اللاشئ لانه عليه السلم كيف اعتبر الهالك الموهوم فى تزحايط بعينه وكيف اعتبر توهم الهلاك
فى مكيال الرجل بعينه **قوله** ومن فروعه اذا اسلم فى جنسين اى من فروع الاختلاف فى معرفة
مقدار راس المال اذا اسلم فى جنسين ولم يبين راس مال كل واحد منهما بان اسلم مائة
درهم فى كر بر وكر شعير ولم يبين راس مال كل واحد منهما لا يصح عند ابى حنيفة لان اعلام
قدر راس المال شرط فيقسم المائة على البر والشعير باعتبار القيمة وهى تعرف بالحرز
والظن فلا يكون قدر راس مال كل واحد منهما معلوما حتى لو كانا من جنس واحد يصح لان
راس المال ينقسم عليهما على السواء او اسلم جنسين ولم يبين مقدار احدهما بان اسلم دراهم
ودنانير فى كر بر فقد علم وزن احدهما ولم يعلم وزن الآخر لا يصح عنده لان اعلام قدر
راس المال شرط عنده فاذا لم يعلم احدهما بطل العقد فى حصته فيبطل فى حصة الآخر
لجهالة حصة الآخر ولاتحاد الصفقة **قوله** وهما فى الثانية اى فى المسئلة الثانية وهى بيان
مكان الايفاء للاحتياج اليه عندهما ولكن اذا شرطاه صح وان لم يشرطاه يتعين مكان
العقد للتسليم لوجود العقد فيه ولا يزاحمه مكان آخر فيه اى فى كونه مكان العقد
فان قيل لو تعين مكان العقد يفسد ببيان مكان آخر كما فى بيع العين فانه لو اشترى

حنطة

حنطة وشرط على البايع الحمل الى منزله فان البيع يفسد سواء اشتراه فى المصر او خارج المصر استراه
بجنسه او بخلاف جنسه والمسئلة فى الذخيرة **قلنا** لما عين مكانا آخر بالنص صار اولى من مكان
العقد الذى كنا نعينه بدلالة السبب الموجب للتسليم من غير نص عن ان هذا الشرط يفسد
بيع العين لان المشترى يملك العين بالشراء فاذا شرط حمله الى منزله فقد اشترط عليه عملا فى ملكه
مع ما اشترى العين منه ثم يسمى الثمن بازاء ذلك فصار ما يقابل الحمل اجارة فيصير صفقة فى
صفقة فيفسد بالشرط الفاسد وفى باب السلم لا يملك عينا قبل القبض فيكون الحمل الى
مكان آخر عملا من البايع فى مال نفسه فلا يصير مواجرا لغيره فلا يصير هذا الشرط صفقة
فى صفقة فلا يصير فاسدا وفى الفوائد الظهيرية **فان قيل** لم قلتم بان فى البيع يتعين مكان
البيع مكانا للتسليم والدليل على انه لا يتعين ما روى عن محمد فى رجل باع طعاما والطعام
فى السواد فان كان المشترى يعلم مكان الطعام فلا خيار له وان كان لا يعلم فله الخيار ولو تعين
مكان البيع مكان للتسليم لما كان له الخيار **قلنا** مكان العقد مكانا للتسليم اذا كان المبيع
حاضرا والمبيع فى السلم حاضر لحضور الانه فى ذمة المسلم اليه وانه حاضر فى مكان العقد فيكون
المبيع حاضرا والمبيع فى السلم حاضر لحضوره وفى بيع العين اذا كان المبيع حاضرا فى مكان
البيع يستحق تسليمه فيه وان كان غايبا يستحق تسليمه فى المكان الذى يستحق تسليم العين
وفى السلم يستحق تسليم راس المال فى مكان العقد فيستحق تسليم ما يقابله فى ذلك المكان
ايضا تسوية بين البدلين **قوله** فيصير نظير اول اوقات الامكان فى الاوامر يعنى
مكان العقد لوجوب التسليم فيه لعدم المزاحم نظير اول وقت الصلوة لنفس الوجوب من
حيث انه كما لم يزاحم لهذا المكان مكان آخر لم يزاحم لهذا الزمان زمان آخر لعدم صلاحية
ما مضى للوجوب وعدم ما سياتى من الزمان يحتمل ان يراد ان مكان العقد يصير نظير اول
اوقات الامكان فى الاوامر المطلقة على قول الكرخى **قوله** فصار كالقرض والغصب فان التسليم
فيهما يجب فى مكان تحقق القرض والغصب ولا بى حنيفة ان التسليم غير واجب فى الحال اى فى السلم
وانما استحقاق التسليم عند حلول الاجل وعند ذلك لا يدرى انه فى اى مكان يكون ثم قال
ارايت لو عقدا عقد السلم فى السفينة فى لجة البحر اكان يتعين موضع العقد للتسليم عند
حلول الاجل وهذا ما للعقل عاقل **قوله** فصار كجهالة الوصف يعنى باختلاف الصفة
تختلف القيمة فكذلك باختلاف الامكنة تختلف القيمة فصار جهالة مكان التسليم كجهالة الصفة
قوله ومن هذا اى ومن اختلاف القيمة باختلاف المكان كما فى الصفة اى الاختلاف فى صفة
الثمن او المثمن يوجب التحالف وهو كتاب الدعوى الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه بمنزلة
الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف بل على عكسه اى لا يوجب التحالف عندهما
يوجب ان يتعين المكان عندهما لما ثبت بمجرد وجود العقد فيه كان من جملة قضية العقد

King Saud University
Copyright © King Saud University

والاختلاف فيما هو موجب العقد يوجب التحالف بالاجماع فيجب ان يكون ههنا كذلك وعند ابي حنيفة
رح تعيين المكان لما لم يكن من مقتضيات العقد صار بمنزلة الاجل والاختلاف فيه لا يوجب
التحالف فكذا ههنا **قوله** وعلى هذا الخلاف الثمن المؤجل بان باع عبدا بكر موصوف في الذمة الى
اجل يشترط بيان مكان الايفاء للبر عنده في الصحيح وعندهما يتعين مكان العقد والاجرة
بان استاجر دارا او دابة بما له حمل ومؤنة دينا في الذمة عنده يشترط بيان مكان الايفاء
وعندهما يتعين موضع الدار للايفاء وموضع تسليم الدابة لا موضع العقد والقسمة بان
اقتسما دارا وشرط احدهما على صاحبه شيئا ما له حمل ومؤنة لزيادة عرض وبناء في نصيبه
فعنده يشترط بيان مكان الايفاء لصحة القسمة في الصحيح وعندهما يتعين مكان للايفاء
قوله وما لم يكن له حمل ومؤنة كالمسك والكافور لا يحتاج الى بيان مكان الايفاء بالاجماع
وقيل ما له حمل ومؤنة هو ما يكون لحمله اجر انما الحمل الى مجلس القضاء لا يحمل مجانا وقيل هو ما
يمكن رفعه بيد واحدة وقيل ما يحتاج في نقله الى المؤنة كالحنطة والشعير وما لا يحتاج فيه اليها
فهو ما لا مؤنة له كالمسك والكافور **قوله** وان كان عينا كالثوب والحيوان فلان السلم
آجل في عاجل باجل فيشترط كون احد البدلين فيه معجلا كما يشترط ان يكون الآخر مؤجلا ليكون حكمه
ثابتا على ما يقتضيه الاسم لغة كالصرف والحوالة والكفالة فان هذه العقود تثبت
احكامها بمقتضيات اساميها لغة وكان ينبغي ان يشترط اقتران القبض بالعقد لان الاسم
ما يكون من التعجيل ولكن الشرع جعل ساعات المجلس كحال العقد تيسيرا كما في العقد
الصرف فقال مالك رح يجوز عقد السلم وان لم يقبض راس المال يوما او يومين بعد ان
لا يكون مؤجلا لانه يعد عاجلا عرفا **قوله** ولهذا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط
ايضاح لاشتراط القبض المستفاد من قوله وكانه لا بد من تسليم راس المال لان الخيار
يمنع تمام القبض انما يتم اذا كان بناء على الملك وخيار الشرط يمنع الملك لانه يمنع انعقاد
العقد في حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق قبل تمامه يبطل العقد وهذا بخلاف
الاستحقاق فان راس المال اذا وجد مستحقا لم يمنع الاستحقاق تمام القبض حتى لو افترقا
بعد القبض ثم اجاز المالك صح العقد وان كان الاستحقاق يمنع الملك لان امتناع الملك
ليس بمقتضى السبب فان السبب وجد مطلقا لا مانع فيه وانما امتناع الملك لتعلق
حق ثالث فاذا اجاز المالك التحقت الاجازة بحالة العقد وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه لا يفيد اذ فائدته الرد والمسلم فيه دين في الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان بخلاف
الاستصناع لانه بيع عين فيرده فينفسخ العقد فكان مفيدا ولان اعلام الذي
الصفة اذ لا يتصور فيه المعاينة فقام ذكر الوصف على الاستقصاء في المسلم فيه مقام
الرؤية **قوله** وفيه نظر وهو ما اذا باع الى اجل مجهول ثم اسقط الاجل **قوله** اعلام

راس

راس المال الذي قدر به راس المال في المكيل والموزون والمعدود واعلام السلم فيه قدرا وجنسا وصفة
والقدرة على تحصيله بان كان موجودا من حين العقد الى حين المحل **قوله** مائة درهم في دين
على المسلم اليه انما قيد بقوله على المسلم اليه لانه لو قال اسلمت اليك هذه المائة والمائة التي
على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد المائة لان اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد
للعقد وهذا افساد مقارن فاوجب فساد الكل **قوله** ولا يشيع الفساد وهذا لا يشكل
على قولهما لان الفساد اذا تمكن في بعض المبيع لا يشيع في الكل عندهما اما عند ابي حنيفة رح
فيشكل لانه اذا اورد العقد على شيئين وفسد في احدهما يفسد في الآخر ايضا عنده لانه
يصير قبول الفاسد شرطا لصحة العقد فيفسد في الكل وجه الفرق ان هنا في الفساد المقارن
الذي يتمكن في صلب العقد وهذا في الفساد الطاري وهذا فساد طاري لان قبض راس المال في
المجلس شرط لبقاء العقد على الصحة اما العقد في ذاته فقد وقع صحيحا فلهذا المعنى افترقا
وقيل هذا اذا اسلم مائتين مطلقا ثم تقاصا المائة بما عليه فاما اذا قال اسلمت المائة التي لي
وهذه المائة النقد بطل العقد فيهما عند ابي حنيفة رح لان حصة الدين بطل العقد فيها
فيجعل حصته شرطا في الباقي فيبطل الجميع والصحيح ان الجواب فيهما واحد لان العقد
لا يتقيد بالدين وان قيد به واذا لم يتقيد كانت الاضافة الى الدين والاطلاق سواء
فان قيل ما ذكرتم ينتقض بمسائل ثلاث احدها ان الرجل اذا قال ان بعت هذا العبد
بهذا الكر وبهذه الدراهم فهما في المساكين صدقة فباعه بهما حنث ويلزمه التصدق
بالكر وهذا انه يتعين النقود في العقود والثانية ان الرجل اذا باع دينارا بعشرة نقد
الدينار ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها بالعشرة ثوبا فالبيع فاسد والثالثة اذا باع
ثوبا بعشرة عينا بدين وهما يعلمان ان لا دين فالبيع فاسد ولو كان الاطلاق و
التقييد سواء لجاز العقدان ولما حنث في المسئلة الاولى **قلنا** اما الاولى فنحن نقول
ان النقود لا يتعين في العقود استحقاقا لا جوازا فلذا الحنث ولزمه التصدق
بها واما الثالثة فلان البيع انما لم يجز لكان الهازل بالبيع لان هذا بيع بلا ثمن فيكون
البيع منهما هازلا لا سر وهي يتعين في حق الجواز وهكذا نقول في المسئلة الثانية لا تعاقد
الصرف بخلاف المجلس بالاشتغال بالعقد الآخر فيتحقق البيع بلا ثمن فيمتنع الجواز باعتبار
الهازل **قوله** ولا يجوز التصرف في راس المال الى قوله ولا يجوز الشركة والتولية
صورة الشركة ان يقول رب السلم لآخر اعطني نصف راس المال حتى يكون شريكا
في المسلم فيه وصورة التولية اعطني مثل ما اعطيت للمسلم اليه حتى يكون المسلم فيه
لك وانه بيع المبيع قبل القبض وبيع كله **فان قيل** فاي فائدة في تخصيص الشركة
والتولية بعدما ذكر الاعم منهما وهو قوله ولا يجوز التصرف في راس المال والمسلم فيه

قبل القبض **قلنا** ان احد الاشتريين المسلم فيه مرابحة لكونه دينا ولا صنعة لكون ناصرها ظاهرا او
انما يجوز مثل هذا الشراء رب السلم رغبة في كله وهو التولية او في بعضه وهو الشركة ولذلك
خصها بالذكر لقصور التصرف فيهما من هذا الوجه **قوله** بل ياخذ الا سلمك المسلم فيه حال بقاء العقد
او راس ماله بعد الفسخ **قوله** وهذا لان الاقالة بيع جديد في حق الثالث هو حق الشرع وهو
حرمة الاستبدال هنا وهذا التعليل لبيان ان راس المال اخذ شبها بالمبيع وهو ان الاقالة في حق
غير المتعاقدين كعقد مبتدا وحرمة الاستبدال غيرهما وجانب المسلم فيه لا يحتمل العقد المبتدا
اذ لا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لانه دين سقط والسلم يثبت الدين وجانب راس المال يمكن جعل
راس المال مبيعا لانه دين يثبت مثله فاعتبر في حقه حكم ابتداء السلم فحرم الاستبدال براس
المال ضرورة **قوله** الا انه لا يجب قبضه في المجلس اي لا ان راس المال لا يجب قبضه بعد الاقالة
في مجلس الاقالة هذا الاستثناء جواب شبهة وهي انه لما ذكر ان الاقالة بمنزلة بيع جديد
كانت الاقالة بيع السلم بمنزلة بيع السلم وفي بيع السلم كان قبض راس المال في مجلس البيع شرطا
فيجب ان يكون قبض راس المال بعد الاقالة في مجلس الاقالة فاجاب عنه بهذا وقال الا انه لا
يقبض راس المال في مجلس الاقالة وان كان يشترط قبضه في عقد السلم لان ذلك البيع من كل وجه
في حق الكل وهذا بيع في حق المتعاقدين فليس من ضرورة اشتراط القبض في البيع من وجه
دون وجه وذلك لان اشتراط القبض في الابتداء كان للاحتراز عن بيع الكالي
بالكالي وما المسلم فيه سقط بالاقالة فلا يتحقق فيه بيع الكالي بالكالي فلا يشترط القبض **قوله**
وفيه خلاف زفر وهو انه يجوز التصرف في راس مال السلم بعد الاقالة قبل القبض لانهما لما تقايلا
السلم وجب الدراهم دينا في الذمة فلا يكون استبدالا براس المال كما في عقد الصرف بعد الاقالة
ولان حرمة الاستبدال لوجوب القبض في المجلس ولا يجب قبض راس المال في مجلس الاقالة
قلنا القياس جواز التصرف فيه قبل القبض الا ان القياس تركناه في السلم لما روينا ولما ذكرنا
من المعقول **قوله** لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل صفقة جرت بين المسلم
اليه وبايعه وصفقة جرت بين المسلم اليه ورب السلم **قوله** وهذا هو محمل الحديث على
ما مر وهو ما ذكر في الفصل المتصل بباب المرابحة والتولية لقوله ومحمل الحديث اجتماع
الصفقتين على ما بين **قوله** والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق جواب
سوال وهو ان يقال بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بايعه فلم
يكن المسلم اليه بايعا بعد الشراء فلا يدخل تحت النهي فاجاب ان السلم وان كان سابقا فقبض
المسلم فيه لاحق والقبض في باب السلم حكم عقد جديد فكانهما جددا ذلك العقد على
المقبوض فيتحقق البيع بعد الشراء وهذا لان العقد يتناول دينا في الذمة والمقبوض
عين والعين غير الدين حقيقة وان كان المقبوض عين ما يتناوله العقد حكما في عقد خاص

وهو

وهو حرمة الاستبدال اذ لو جعل غيره لكان استبدالا بالمسلم فيه وهو حرام اما في مراده فهو
غيره حقيقة فصار المقبوض بعد ما اشترى مكايلة قبل الكيل فيبطل بخلاف القرض لان اعادة
حتى ينعقد بلفظها لكان المقبوض عين حقه تقديرا ولا يلزم تمليك الشي بجنسه نسيئة فلم
يتحقق الصفقتان بشرط الكيل فيجب كيل واحد للمشتري بحق الوكالة والدليل على ان القبض
في باب السلم حكم عقد جديد ما قال في الزيادات لو اسلم الى رجل مائة درهم في كر حنطة ثم
اشترى المسلم اليه من رب السلم حنطة بمائة درهم الى سنة فقبضه فلما حل السلم اعطاه ذلك
الكر لم يجز لانه اشترى ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وانما يكون كذلك اذا جعلا عند
القبض كانهما جددا العقد عليه **قوله** كان الطحين في السلم للمسلم اليه ولا يكون لرب السلم
ان ياخذه لانه يصير مستبدلا **قوله** ويتقرر الثمن عليه لما قلنا اي لان الامر قد صح حيث
صادف ملكه **فان قيل** في فصل الشراء ينبغي ان لا يصح الامر ايضا في حق ثبوت القبض لان
البائع لا يصلح وكيلا عن المشتري في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لم يصح **قلنا** امره
بالطحن لا بالقبض وانما يثبت القبض حكما وان كان لا يثبت نصا **قوله** ولذلك يكتفى بذلك
الكيل في الصحيح هذا احتراز عما قيل انه لا يكتفى بكيل واحد تمسكا بظاهر ما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع و
صاع المشتري **قوله** لانه نائب عن المشتري في الكيل **قوله** والقبض بالوقوع في غرائر المشتري
اي القبض يتحقق ويثبت بالوقوع في غرائر المشتري هذا جواب اشكال بان يقال لان البائع
مسلم فكيف يكون مسلما وقابضا لان البائع صار وكيلا في امساك الغرائر فيثبت الغرائر
في يد المشتري حكما فما وقع فيها يصير في يد المشتري حتى لو كانت الغرائر للبائع روي عن محمد
رحمه الله انه لا يصير قابضا **قوله** ولو اجتمع العين والدين بان اشترى كر حنطة واسلم اليه في كر
حنطة فالمسلم فيه دين والمشترى عين **قوله** ويصير قابضا لان القبض تارة يثبت بالاعطاء
وتارة بالتخلية منه ومرة باتصاله بملكه **فان قيل** الصباغ اذا صبغ الثوب لا يصير المستاجر
قابضا للثوب تابعا باعتبار هذا الاتصال فلم صار قابضا هنا **قلنا** المعقود عليه
ثمة الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال عن
محله فلم يتصل المعقود عليه بالثوب فلم يصر قابضا **قوله** وهذا الخلط غير مرضي
جواب سوال ذكر في الفوايد الظهيرية **فان قيل** الخلط حصل باذن المشتري فينبغي ان
لا ينتقض البيع **قلنا** ان الخلط على هذا الوجه لم يتعلق بانه حصل باذن المشتري لان الخلط
على وجه يصير الامر قابضا حصل باذنه وهو ما اذا بدا بالعين وقال الامام فاسخان
وفي قول ابي يوسف رحمه الله اذا كان الدين فلان كان العين بعده صار قابضا للدين بحضرة
الاتصال بملكه كما لو كان العين اولا ثم كال الدين وعند محمد رحمه الله ان كال العين اولا صار قابضا

لها وان كان الدين او لا يصير قابضا للعين دون الدين **قوله** ومن اسلم جارية في كر حنطة الى آخره الاصل
في جنس هذه المسائل ان في بيع المقايضة وهو بيع ما يتعين بما يتعين هلاك احدهما
لا يمنع ابتداء الاقالة ولا بقاءها وهلاكهما يمنع الاقالة ابتداء وبقاء والمعنى في ذلك
ان الاقالة تصح بقيام احد العوضين لان قيام العقد عند بقائهما لقيامهما لا لان احدهما
لا يتعين لاضافة القيام اليه واذا كان قيام العقد بقيامهما لا يبطل العقد بهلاك احدهما
لما عرف ان الثابت بالشيئين لا يزول بزوال احدهما فيكون قائما بقيام احدهما فتصح الاقالة
وفي بيع ما يتعين بما لا يتعين قيام العقد بما يتعين لان ما يتعين لم يترتب عليه ما لا
يتعين لان ما يتعين مال حقيقة وحكما وما لا يتعين مال حكما لا حقيقة لانه دين في
الذمة ولهذا قال مالي في المساكين صدقة وله ديون على ملي ومفلس لا يدخل واذا كان
ما يتعين مخصوصا بترتب عليه ما لا يتعين لا بد من ابانة هذه المزية ولا يمكن ابانتها حالة
الانعقاد لانعقاد الانعقاد بهما فيجب ابانتها حالة البقاء فبقيام العقد ببقائه فيصح الاقالة
باعتبار بقائه ابتداء وبقاء وفي بيع ما لا يتعين بما لا يتعين وهو الصرف تصح الاقالة وان
هلكا او هلك احدهما لان انعقاد العقد لا يتعلق بهما ابتداء فكذا في الانفساخ بقاء لان
قيام العقد بما يجب في الذمة لا بما في اليد ولا يقال بان وجوبهما في الذمة يبطل بالقضاء لان
الديون تقضى بامثالها فكان كل واحد من البدلين قائما في الذمة بعد القضاء ولهذا يصح
الحط والابراء بعد القضاء **قوله** انفسخ في الجارية تبعا يعني الانفساخ العقد في السلم
الذي ثبت له لم يصح الفسخ في الجارية بعد هلاكها ايضا لما عرف ان ما ثبت ضمنا وتبعا
لا يعطى له حكم نفسه قصدا بعينه ردتها والقول في القيمة قول المطلوب في اليمين يعني الطالب
وهو رب السلم **قال** ينبغي ان لا يصح الاقالة بعد هلاك الجارية لان الجارية بعد
الهلاك صارت بمنزلة المسلم فيه من حيث وجوب قيمتها دينا في الذمة والمسلم فيه لا
تسقط بالاقالة قصدا فصار بمنزلة هلاك العوضين في بيع المقايضة وذلك يمنع الا
قالة هناك فكذا هنا وذلك لانه اذا هلك احد العوضين في المقايضة ثم تقايلا ثم هلك
الآخر بطل الاقالة **قلنا** في المقايضة الرد واجب بعد الاقالة وهلاك المبيع قبل القبض
يوجب فسخ العقد وفي السلم قامت قيمة الجارية مقام الجارية فلم يكن رد الجارية
واجبا فكان قيام القيمة بمنزلة قيام الجارية فصار بمنزلة بقاء احد العوضين في بيع
المقايضة وهناك تصح الاقالة فكذا هنا **قوله** لان رب السلم متعنت المراد من التعنت
شرعا من ينكر ما ينفعه والمخاصم ما ينكر ما يضره **قوله** لان المسلم فيه يربو على راس
المال في العادة **فان قيل** لا نسلم بل راس المال اجود وان قل كمية لكونه نقدا والمسلم فيه دين
او نسيئة نعم كذلك الا انه متروك هنا بالعرف في العادة فان الناس يعرضون عقولهم

يقدمون

[stamp]

يقدمون على عقد السلم وما ذلك الا لفائدة ذاتية رأوها وكانت العادة مرتبة التقديم مقابلة
زيادة قايمة رأوها في المسلم فيه مع كونه نسيئة **قوله** وفي عكسه يعني يدعي رب السلم
الوصف والمسلم اليه ينكر **قوله** ويستويان من بعد وهو قوله بعد قوله القول لرب السلم
عندهما لانه ينكر حقا عليه **قوله** والفساد بعدم الاجل غير متيقن هذا جواب اشكال وهو
ان يقال ان المسلم اليه غير متعنت في انكار الاجل لانه يريد رد راس المال ويبقى له نفس المسلم فيه وهو فيه
انفع له لان الفساد غير متيقن به لان الشافعي رح يجوز السلم في الحال فلا يعتبر هذا النفع في رد
راس المال بخلاف عدم الوصف لان فساد السلم بسبب ترك الوصف متيقن به فلا يكون
المسلم اليه متعنتا في انكار الوصف لسلامة اكثر المال له بهذا الانكار **قوله** كرب المال اذا قال
للمضارب شرطت لك نصف الربح الا عشرة ذكر العلامة صاحب النهاية ثم ها هنا هو الصواب
من النسخة ووقع في بعض النسخ شرطت لك نصف الربح وزيادة عشرة وهذا ليس بصحيح لانه على
ذلك التقدير كان القول قول المضارب وفي صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب
المال والمنصوص عليه في هذه المسئلة في شرح المبسوط وشرح الجامع الصغير للامام
قاضيخان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية والتتمة وغيرها بلفظ الاستثناء لما ذكرنا الا في
صورة لفظ الاستثناء كان القول قول رب المال وفي قوله وفي زيادة عشرة كان للمضارب
بالاجماع كذا ذكر في النهاية وذكر فيها وجه الفرق بين المضاربة **قوله** لانه ليس بلازم اي
لان عقد المضاربة ليس بعقد لازم لان كل واحد من رب المال والمضارب قد يمكن من فسخ
عقد المضاربة واذا كان غير لازم يرتفع العقد باختلاف المتعاقدين واذا ارتفع العقد
بالانكار بقي دعوى المضارب في مال رب المال والقول للمنكر وهو رب المال واما السلم فعقد لازم
فبالاختلاف لا يرتفع العقد وانما يرتفع عند فسخ المتعاقدين معا فكان القول قول من يدعي
الصحة وذكر الامام قاضيخان رح ولابي حنيفة رح انهما اتفقا على عقد واحد ثم اختلفا في الصحة و
الفساد فيكون القول قول من يدعي الصحة كالمتناكحين اذا اختلفا فاحدهما يدعي النكاح بغير
شهود والآخر بشهود كان القول قول من يدعي بشهود بخلاف مسئلة المضاربة لانهما ما اتفقا
على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت يكون شركة واذا فسدت كانت اجارة للعامل وانكان
الظاهر من حاله انه لا يباشر الفاسد لا يكون الظاهر من حاله انه لا يباشر العقد الآخر فيلزم على ما قلنا
اذا اختلفا في النكاح فقال الزوج تزوجتك وانت صغيرة وقالت المرأة تزوجتني بعد البلوغ كان
القول قول الزوج وانكان فيه فساد العقد لانه ما اقر بالعقد بل انكر العقد حيث اسنده
الى حال عدم الاهلية وفي بعض النسخ ولانه ليس بلازم مع واو العطف وهو الظاهر لانه فرق
آخر بين عقد السلم وعقد المضاربة باللزوم وعدمه والاول فرق آخر باتحاد العقد وتعدده
دل عليه قوله وقد اتفقا على عقد واحد وكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف المضاربة اي

[stamp]

Copyright © King Saud University

لم يتفقا فيهما على عقد واحد لان الفاسد منه يكون اجارة **قوله** اذا بين طولا وعرضا يعني بعد ذكر الفاسد
الجنس والنوع والصفة ورقعة معلومة يقال رقعة هذا الثوب جيدة يراد به غلظه وثخانته **قوله**
وان كان ثوب حرير لا بد من بيان وزنه ايضا وذكر في المبسوط واذا اسلم في الحرير ينبغي ان
يشترط الوزن لان قيمة الحرير تختلف باختلاف الوزن وينبغي ان يشترط الطول والعرض مع
الوزن لان المسلم اليه ربما يأتي وقت حلول الاجل بقطع الحرير بذلك الوزن ونحن نعلم يقينا
انه لم يرد به قطع الحرير واما في الثياب فلا يشترط الوزن وذكر شمس الائمة الحلواني انه اشتراط
الوزن في الوذاري وما يختلف بالثقل والخفة وفي المنتقى اذا باع ثوب حرير بثوب حرير لا يجوز
الا وزنا **قوله** فان استصنع شيئا من ذلك بغير اجل جاز استحسانا بالاجماع الثابت بالتعامل
الجواز ثابت بالاجماع وانما الاختلاف في انه بيع او عدة او اجارة **فان قيل** يشكل على هذا
الاستدلال الجواز بتعامل الناس مسلم المزارعة على قول ابي حنيفة رحمه الله كان المزارعة والمعاملة
فاسدتان عنده وان كان للناس فيهما تعامل **قلنا** لا كذلك فان الخلاف فيهما كان ثابتا في
الصدر الاول وهذا كان على الاتفاق كذا ذكره الامام قاضيخان **قوله** وفي القياس لا يجوز لانه
بيع المعدوم وقد نهى عن بيع المعدوم وجه الاستحسان ان النبي صلى الله عليه وسلم استصنع خاتما بيع م
ومنبرا ولان الناس تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير
نكير فنزل منزلة الاجماع وهو كدخول الحمام باجر فانه صلى الله عليه وسلم جاز استحسانا للتعامل
الناس والقياس ابى جوازه لان مقدار المكث وما يصب من الماء مجهول وكذا لو قال السقاء
اعطني شربة ماء بفلس او احتجم باجرة فانه يجوز لتعامل الناس وان لم يعرف قدر ما يشرب
وما يحتجم من ظهره والاصل فيه قوله عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن
وقد رأوا الاستصناع حسنا فكان حسنا **قوله** والصحيح انه يجوز بيعا لا عدة وكان الحاكم
الشهيد يقول الاستصناع مواعدة وانما ينعقد العقد بالتعاطي اذا جاء به مفروغا عنه ولهذا
يثبت الخيار لكل واحد منهما والصحيح عند العامة انه بيع لان محمدا رحمه الله سماه شراء فقال
كان المستصنع اذا رآه بالخيار لانه اشترى ما لم يره وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل
بين ما فيه تعامل وبين ما لا تعامل فيه والمواعيد يجوز قياسا واستحسانا في الكل والمعدوم
قد يعتبر موجودا حكما كتسمية الناسي عند الذبح جعلت موجودة حكما لعذر النسيان و
كطهارة المستحاضة كان الوجوب حقيقة تجعل معدوما للعذر كما المعدوم لدفع العطش
تجعل معدوما حكما حتى جاز التيمم بوجوده حقيقة فكذلك هنا المستصنع المعدوم تجعل
موجودا حكما للتعامل بتحقق الحاجة هنا اذ كل احد لا يجد خفا يوافق رجله وخاتما
يوافق اصبعه فيجوز بيع المعدوم للحاجة كما جاز بيع المنافع **قوله** والمعقود عليه العين دون
العمل قال ابو سعيد البردعي المعقود عليه العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو

العمل

لم يتفقا فيهما (sic) —

العمل فتسمية العقد به دليل على انه معقود عليه والاديم آلة العمل وانما ينعقد بيعا عند التسليم
والصحيح ان المعقود عليه هو العين المستصنع فيه ولهذا لو جاء به مفروغا عنه لا من صنعته او
من صنعته قبل العقد فأخذه جاز **فان قيل** لو كان بيعا لما بطل بموت الصانع او المستصنع
وذكر الامام قاضيخان ان الاستصناع يبطل بموت احدهما والسلم لا يبطل بموتهما او بموت
احدهما **قلنا** الاستصناع يشبه بالاجارة من حيث انه فيه طلب الصنع وهو العمل ويشبه بالبيع
من حيث ان المقصود منه المستصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت احدهما ولشبهه بالبيع
وهو المقصود اجرينا القياس والاستحسان ولا نثبت فيه خيار الرؤية ولم يوجب تعجيل الثمن في
مجلس العقد كما في بيع العين وفي الذخيرة وينعقد الاستصناع اجارة ابتداء وبيعا انتهاء
متى سلم ولكن قبل التسليم ولهذا يبطل بموت الصانع ولا يستوفى المستصنع من تركته ولو
انعقد بيعا ابتداء وانتهاء لكان لا يبطل بموته كما في بيع العين والسلم ويثبت له خيار الرؤية
ولو كان ينعقد عند التسليم لا قبله ساعة لم يثبت خيار الرؤية لانه يكون مشتريا ما رآه والمعنى
في ذلك ان المستصنع طلب منه العمل والعين جميعا فاعتبارهما جميعا في حالة واحدة يتعذر
لان بيع العين والاجارة تنافيا فجوزناه اجارة ابتداء لان عدم المعقود عليه لا يمنع انعقاد
الاجارة ويمنع انعقاد البيع فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما كما في الهبة بشرط
العوض **فان قيل** لو كان ينعقد اجارة لكان الصانع يجبر على العمل **قلنا** قد قيل انه لا خيار
للصانع ولانه انما لم يجبر على العمل وان كان ينعقد اجارة لانه لا يمكنه العمل الا باتلاف عين الا
ترى ان المزارع لم ان يمتنع من العمل اذا كان البذر من جهته وهو يلقيه في الارض كذلك **قوله** و
هذا كله هو الصحيح راجع الى قوله انه يجوز بيعا لا عدة والمعقود عليه العين دون العمل
نقله ولا يتعين الا بالاختيار لما ان في كل واحد منهما قولا آخر **قوله** الا لنظر وهو قطع
الهرم **فان قيل** قطع الهرم لا يعتبر فيها في حقه لانه رضي به **قلنا** ما رضي به الا بناء
على ان المستصنع مجبر على القبول فانه مجتهد فيه **قوله** فيما ذكرنا اشارة الى قوله و
للخيار للصانع كذا ذكره في المبسوط **قوله** اذا امكن اعلامه بالوصف بصورة ان يجيء
انسان الى آخر فيقول اخرز لي خفا صفته كذا ومقدره كذا بكذا درهما او يقول للصانع اصنع
لي خاتما من فضتك وبين وزنه وصفته ويسلم الثمن كله او بعضه او لا يسلم **قوله** لانه لو
ضرب له اجل فيما فيه تعامل تصير سلما عند ابي حنيفة رحمه الله فيشترط فيه شرائط السلم من قبض
راس المال في المجلس وعدم الخيار لرب السلم اذا اتى بالمصنوع على الوصف الذي وصفه والولد
الاجل الذي يضرب للسلم فقال في المبسوط هذا اذا ذكر المدة على سبيل الاستمهال اما اذا
كان على سبيل الاستعجال بان قال على ان يفرغ منه غدا او بعد غد فهذا لا يكون سلما
لان ذكر المدة للفراغ من العمل لا للتأجيل للمطالبة بالتسليم الا ترى انه ذكر ادنى مدة يمكنه

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

الفراغ منها من العمل يحكى عن الفقيه الهندواني ان ذكر المدة من قبل المستصنع فهو سلم لانه
يذكره على سبيل الاستمهال وقيل ان ذكر ادنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان
كان اكثر من ذلك فهو سلم لان ذلك يختلف باختلاف الاعمال فلا يكون تقديره بشيء
معلوم **قوله** فيحافظ على قضية يعني ان العمل بحقيقة اللفظ واجب الا اذا صرف عن الحقيقة
صارف وذكر الاجل للتعجيل فيهنا لان ذكره قد يكون للاستعجال كما لو قال للخياط خط هذا
الثوب غدا فيحمل على حقيقة الاستصناع **قوله** وجواز السلم بالاجماع لا شبهة فيه اي
باجماع الصحابة **قوله** وفي تعاملهم الاستصناع نوع شبهة فان عند زفر والشافعي
لا يجوز ولانه نقل عن الصحابة تعاملهم في السلم وثابت الاجماع في السلم بظاهر الكتاب
والسنة المشهورة وفي نقل الصحابة في تعاملهم الاستصناع شبهة فكان الحمل على السلم اولى
مسائل منثورة ويجوز بيع الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء
لا شك في جواز بيع المعلم واما بيع كلب غير معلم فقد ذكر شمس الائمة السرخسي رح انه اذا
كان بحال يقبل التعليم يجوز بيعه قال وهو الصحيح من المذهب وهذا لانه اذا كان يقبل
التعليم كان منتفعا به فيكون مالا محلا للبيع والدليل عليه ما ذكر في النوادر انه لو باع الجرو
جاز بيعه لانه يقبل التعليم ويصطاد به فيجوز بيعه واما اذا كان لا يقبل التعليم والاصطياد به لا يجوز
واما الفهد فقد اختلف الروايات فيه عن ابي حنيفة رح فروى الحسن عنه انه لا يجوز بيعه
وروى ابو يوسف عنه انه لا يجوز بيعه وروى ابن رستم عن محمد رح انه لا يجوز بيع الفيل جاز لانه
منتفع به حقيقة وشرعا فهو كسائر الحيوانات واما الهرة فقد ذكر شيخ الاسلام رح انه يجوز
بيعها وسئل عطاء عن ثمن الهرة فقال لا باس به **قوله** هو النهي محمول على ابتداء الاسلام **قوله** ولنا انه
عليه السلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد وماشية **فان قيل** المدعى جواز بيع جميع الكلاب
وهذا الحديث يقتضي جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير **قلنا** ايراد الحديث لمجرد الابطال
مذهب الخصم ولانه الحديث يدل على جواز بيع جميع الكلاب لان كل كلب يصلح لحراسة الماشية
اذ من عادة الكلاب انها تحرس من الذئب والسارق ولانه ينتفع به حراسة او اصطيادا
فكان مالا لان المال اسم لغير الادمي **فان قيل** الكلب يصلح للانتفاع بمنافعه لا بعينه كالادمي
ينتفع بمنافعه بالاجارة فلا يدل على ان عينه مال **قلنا** ان الانتفاع بالمنفعة نفع من الكلب
بتملك العين لا قصدا في المنفعة الا ترى انه يورث والمنفعة وحدها لا تورث فيجري
مجرى الانتفاع بمنافع العبد والامة والثوب **فان قيل** شعر الخنزير ينتفع به الاساكفة ولا يجوز
قلنا ان الخنزير محرم العين شرعا للنجاسة لا لمنفعة لهم فثبتت الحرمة في كل جزء
من الشعر والعظم وسقطت القيمة ثم الاباحة بضرورة الحاجة لا يدل على بقاء الحرمة في
اصله فيما عدا الضرورة كاباحة لحم حالة الضرورة لا يدل على صحة العقد وجواز البيع فاما

الكلب

الكلب فانه ثبت تحريم مطلقا ثم اباحة الضرورة يبقى ما وراءها على التحريم **قوله** والحديث محمول
على الابتداء **فان قيل** ما رويتم محرم وما ذكرتم مبيح والمحرم آخرهما فيرجح على ما عرف **قلنا**
هذا اذا لم يدل الدليل على السبق وقد دل ههنا انه عليه السلام كان يشدد في امر الكلاب ونهاهم
عن الاقتناء وكان ذلك في الابتداء فيكون المحرم سابقا لا محالة **قوله** ولانه ليس بمال في
حقهما اي مال متقوم **قوله** كالمسلمين حتى ان الذمي اذا باع مكيلا او موزونا من ذمي مثلا بمثل
جاز ولا يجوز متفاضلا **قوله** ولانهم مكلفون محتاجون كالمسلمين اي بالايمان ووجوب
المعاملات لما كانوا مكلفين ولا يمكنهم اقامة ما كلفوا به الا بابقاء انفسهم كما في حق المسلمين
ولا يبقى الانفس الا بالطعام والشراب والكسوة والسكنى ولا يحصل هذه الاشياء الا بمباشرة
الاسباب لمن يعجز ومن تلك الاسباب البيع فيجب ان يكون مشروعا في حقهم كما في حق
المسلمين ليتمكنوا من بقية انفسهم لاقامة التكليف **قوله** ولوهم بيعها وخذوا العشر من
اثمانها الخطاب للعمال اي اجعلوهم ولاة بيعها **قوله** ومن قال لغيره بع عبدك من فلان
بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فهو جائز وصورة المسئلة ان
يطلب انسان من آخر شراء عبده بالف درهم فهو لا يبيع الا بالف وخمسمائة والمشتري
لا يرغب فيه الا بالالف فيجيء آخر ويقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بالف
على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت ويكون قوله
بعت جوابا للكل ولو لم يوجد اباء ولا مساومة ولكن ايجاب العقد بالف حصل عقيب ضمان
الرجل فذلك كان كذلك استحسانا اما ضمانه بعد الاباء والمساومة فيجيء قياسا و
استحسانا وذكر فخر الاسلام واصل ذلك ان اصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله واما حصول
الثمن فيستغني من ذلك ويجوز ان يقابله تسمية المال لا حقيقة الا ترى ان من باع عبدا
بالفين وقيمته الف ان الالف الزائد لا يقابله مال الا تسمية وصار الفضل في ذلك بمنزلة
بدل الخلع اصله وقد صح شرطه على غير العاقد هناك اعني غير المرأة فكذلك ههنا فان قال
من الثمن فقد تحققت صورة المقابلة وان لم يقل من الثمن لم يوجد صورة المقابلة ولا
معناها وقال الامام التمرتاشي رح في قوله لو قال بعه بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن
سوى الالف وباعه جاز البيع للمشتري بالف وخمسمائة على الاجنبي لانه جعل زيادة في
الثمن ولا يجوز في حق المشتري حتى لو ادى الالف الى البائع له ان يقبض العبد وليس للبائع ان
يحبسه لاجل الخمسمائة ولو اراد المشتري ان يجبر البائع بيعه على الف واذا كان له الشفيع
اخذها بالالف ولو تقايلا البيع فللاجنبي ان يسترد الخمسمائة من البائع وفي قياس قول
ابي يوسف ان الاقالة بيع جديد ينبغي ان لا يسترده وكذا لو رده بعيب بغير قضاء او بخيار
فضاء يسترده ولو ضمن الاجنبي بامر المشتري وباقي المسئلة بحالها فالزيادة صارت واجبة

King Saud University
Copyright © King Saud University

فحق المشتري وللبايع ان يحبس العبد حتى يصل اليه الالف وخمسمائة لانه لما ضمن بامر المشتري كان
للضمين ان يرجع على المشتري فصار كان المشتري اشتراه بالف وخمسمائة ولو ان يبيعه
مرابحة عليه لان المرابحة يكون بما قام عليه وللشفيع اخذها بذلك ولو اراد رده بعيب
بقضاء او بغير قضاء او تقايلا فالبايع يرد الالف على المشتري والزيادة على الضمين **فان قيل**
يجب ان لا يصح الزيادة في الثمن من الاجنبي لان اصل الثمن ان لا يجب على الاجنبي في البيع
لغيره فكذلك الزيادة يجب ان لا يجوز من الاجنبي اذا كان ما بازائها حصل لغيره **قلنا**
ذكر الفقيه ابو بكر الخصاف عن الشيخ ابي الحسن الكرخي رحه انه اورد هذا السوال وسلم وقال
يجوز ان يكون اصل الثمن على الاجنبي والثمن لغيره كما يجوز الزيادة في الثمن من الاجنبي
وما بازائها لغيره وقال لا يعرف في هذا رواية منصوصة عن اصحابنا رحه بخلاف ما
قلنا فساغ لنا المنع فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق ثم قال الخصاف هذا المنع الذي ذكره الكرخي
رحه مما يبعد لان عن اصحابنا رواية في هذا فان محمدا رحه في كتاب الصرف قال ان من
اشترى شيئا بدين له على غيره لا يصح هذا الشراء عند علمائنا الا اذا اشترى بشرط ان يكون
تسليم الثمن على غيره والثمن لغيره واذا كان الشراء بشرط ان يكون تسليم الثمن على غيره
باطلا فلان يبطل الشراء اذا كان وجوب التسليم والثمن على غير المشتري اولى واذا كان
كذلك لم يكن بد من الفرق والفرق ان القياس يابى جواز الزيادة من الاجنبي في الثمن
لانها بذل المال معاوضة من غير ان يحصل بازائه شيء وذلك لا يجوز اعتبارا باصل الثمن
الا انا تركنا القياس بالنص الوارد بجواز قضاء الدين من الاجنبي شرعا وهو حديث
ابي قتادة الانصاري رضه حين امتنع النبي عليه السلام من الصلوة على رجل من الانصار
لمكان دين عليه قال ابو قتادة هو علي يا رسول الله ووجد ذلك منه حتى صلى على الميت
وذلك القضاء منه بذل المال من غير عوض يحصل بمقابلته والزيادة من الاجنبي في الثمن
في معناه فكانت ملحقة به استدلالا بالاثر وقال شمس الائمة السرخسي وفخر الاسلام رحه لو
استدللنا في جواز التزام الزيادة من الاجنبي بهذا الحديث وهو حديث ابي قتادة رضه
ينبغي ان يجوز من الاجنبي التزام اصل الثمن ايضا كما يجوز التزام الزيادة على الثمن لان
حكم الحديث لا يفرق وبالاتفاق ان التزام اصل الثمن لا يجوز منه ولان حكم الحديث انما
كان بعد الوجوب والتزام الزيادة من الاجنبي يجوز وقت العقد قبل وجوب
اصل الثمن على المشتري فعلم انهما افترقا **قوله** تسمية بان يحكم بلفظ الثمن وصورته
بان يكون المسمى بمقابلة المبيع صورة ولكن لم يقابل من حيث المعنى لكون جميع الثمن
حاصلا للمرتهن عليه فاشبه بدل الخلع فصح اشتراطه على الاجنبي بخلاف ما اذا لم يقل
من الثمن حيث لا يصح لانها ليست زيادة في الثمن بل هو التزام مال ابتداء بان يكون بطريق

الرشوة

الرشوة وهو حرام **قوله** فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية وهو الملك في الرقبة **فان قيل**
فعلى هذا كان ينبغي ان يصح بيعها قبل القبض لقيام سبب الولاية **قلنا** ورد النهي عن البيع قبل
القبض والنكاح ليس في معناه لان البيع يبطل بالغرر والنكاح لا يبطل به ولان القدرة على
التسليم شرط صحة البيع وذلك انما يكون بعد القبض وليست بشرط لصحة النكاح الا ترى
ان بيع الآبق لا يجوز ونكاح الآبقة جائز وفي الفوائد الظهيرية للصدر الشهيد اشترى
جارية ثم زوجها قبل القبض ان تم البيع جاز النكاح وان انتقض بطل في قول ابي يوسف رحه
خلافا لمحمد رحه والمختار قول ابي يوسف رحه لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض
من الاصل فصار كانه لم يكن فكان النكاح باطلا **قوله** والقياس ان يكون قابضا بنفس
التزويج وهو رواية عن ابي يوسف رحه حتى اذا هلكت بعد ذلك فهو من مال المشتري لان
التزويج عيب فيها حتى لو وجدها ذات زوج له ان يردها فالمشتري اذا عيب المعقود
عليه يصير قابضا فيجعل التزويج كالاعتاق والتدبير ولكنا استحسنا وقال لا يكون قابضا
لها بنفس التزويج حتى اذا هلكت فهو من مال البايع لانه لم يتصل من المشتري فعل بها
وانما التزويج عيب من طريق الحكم على معنى انه تقل رغبات الناس فيها وينتقص لاجله
الثمن وهو في معنى نقصان السعر والتزويج لما كان عيبا من طريق الحكم كان نظير
الاقرار عليه بالدين والمشتري لو اقر عليها بالدين لا يصير قابضا لها بخلاف العيب الحسي
بان تقطع يدها او قلع عينها فذلك باعتبار فعل يتصل من المشتري بعينها وهو اتلاف
الجزء من عينها كذا في المبسوط **فان قيل** يشكل على هذا الاعتاق والتدبير فان المشتري
يصير قابضا بهما وهما ليسا من باب الفعل على المحل بالفعل **قلنا** قال في المبسوط الاعتاق
انهاء للملك فيها واتلاف للمالية ولهذا يثبت له الولاء فيه **قوله** صغيرة ان يصير
قابضا وكذلك التدبير نظير العتق في استحقاق الولاء وثبوت حق الحرية للمدبر **قوله** ومن
اشترى عبدا فغاب قبل نقد الثمن فاقام البايع بينة انه باعه اياه وفي الفوائد وفي قوله
لان الملك للمشتري ظهر باقراره اشارة الى انه لا يشترط اقامة البينة للبيع اذا كان لا
يدرى اين هو لان موضوع المسئلة ان العبد في يد البايع وقول الانسان فيما في يده
مقبول لكن مع هذا الشرط اقامة البينة ليكون البيع ثابتا بالحجة وهذه البينة لكشف
الحال وفي مثلها لا يشترط حضور الخصم وانما وضع المسئلة في المنقول لان القاضي لا يبيع
العقار على الغايب ثم قيل ينصب القاضي من يقبض العبد للمشتري ثم يبيع لان بيع القاضي
كبيع المشتري وبيع المشتري قبل القبض لا يجوز فكذا بيع القاضي وفيه نظر لان المشتري
ليس له ان يقبض قبل نقد الثمن فكذا لا يجعل وكيلا عنه وقيل لا ينصب لان البيع هنا ليس
بمقصود وانما المقصود النظر للبايع احياء لحقه والبيع يحصل في ضمن النظر ويجوز ذلك

Copyright © King Saud University

الثمن هنا فلا يثبت قصدا **قوله** فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبض ذكر الامام التمرتاشي ره
فالحاضر لا يملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن فلو نقد اختلفوا في مواضع الاولى لا
يجبر البائع على قبول نصيب الغايب عند ابي يوسف ره خلافا لهما **فان قيل** لا يجبر على
تسليم نصيب الغايب الى الحاضر خلافا لهما فلو قبض الحاضر لا يرجع على الغايب بما نقد
خلافا لهما **قوله** يكون الرهن بان اعار شيئا ليرهنه فرهنه ثم افلس الراهن وهو
المستعير او غاب فافتكه المعير يرجع بما ادى من الدين على الراهن وان كان تقضي دين
الراهن بغير امره لانه مضطر في القضاء لانه لا يتمكن من الانتفاع بماله الا بقضاء
الدين فكذلك هنا بخلاف ما لو استاجرا فغاب احدهما فنقد الاخر كل الاجر فهو متبرع
لانه غير مضطر لانه لا حبس للاجير للاجرة فان هلك العبد في يد الحاضر يرجع على
الغايب بما نقد عنه فان هلك بعد ما حضر وطلب منه هلك بما نقد عنه وان كان صار ما
نقد فهو متبرع **قوله** كالوكيل بالشراء وبيانه انه كالوكيل بالشراء ان الصفقة لما
كانت واحدة فانما يثبت الملك لكل واحد منهما بقبول صاحبه اذ لو لم يقبل صاحبه
لما ثبت المبادلة فكان كل واحد منهما كالمعاون لصاحبه فهذا معنى قوله كالوكيل
وللوكيل ان يرجع على الموكل بما ادى عنه وان لم يحبسه لاستيفاء حقه كذلك هنا
فان قيل لو كان كالوكيل ينبغي ان لا يفترق الحال بين حضور المشتري وغيبته كما في
الوكيل بالشراء **قلنا** ان كل واحد منهما بمنزلة الوكيل عن صاحبه على ما ذكرنا فا
فاعتبرت شبهة الوكالة عند غيبة احدهما والحقيقة عند حضورهما عملا بالشبهين والعمل
على هذا الوجه اولى من العكس لمكان الاضطرار الى اداء الجميع للانتفاع بنصيبه اذا
كان غايبا **قوله** ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان ولفظ
رواية الاصل وفي الجامع الصغير ابيعك هذه الجارية بالف مثقال ذهب جيد وفضة
جيد فلا فرق في الحكم فيما اذا قدم الذهب على الفضة او اخر عنها وكذا في وصف
الذهب والفضة بالجودة تكون وصفا لهما كما لو قال عبدي حر غدا وطالق امرأتي
غدا او قال عبدي حر وامرأتي طالق غدا انهما يقعان جميعا غدا او قال الامام التمرتاشي
ره اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان لانه اضاف العقد اليهما فلا
يشترط بيان صفتهما بخلاف الدراهم والدنانير حيث ينصرف الى الجيد وكذا لو قال
على مائة مثقال ذهب وفضة فعليه من كل واحد النصف فكذا هنا في جميع ما يقرهم
من المكيل والموزون والثياب عن غيرها قرضا او سلما او غصبا او عقرا او سعاية
شراء او مهرا او جعلا في خلع او وصية او كفالة او غير ذلك وكذا لو قال له علي
كر حنطة وشعير وسمسم كان عليه الثلث من كل جنس **فان قيل** ينبغي ان يرجح الذهب

للخصاص

للخصاص بالمثاقيل او يرجح الفضة لكونها غالبة في المبايعات **قلنا** لما تعارض هذان
الوجهان وجب المصير الى قضية الاضافة ومطلق اضافة المثاقيل اليهما يوجب الشركة
على السواء **قوله** لان حقه في الوصف مرعي كهو في الاصل بعد الدين في وصف الدين من
حيث الجودة واجب عاما كحقه في الاصل من حيث القدر فلو كان المقبوض دون حقه
قدرا لم يسقط حقه في المطالبة بقدر النقصان فكذلك لو كان دون حقه وصفا الا
انه يتعذر عليه الرجوع بفضل القيمة لانه لا قيمة للجودة عند المقابلة بجنسها فيرد
مثل المقبوض ان كان قائما او مثل المقبوض ان كان مستهلكا لان مثل الشيء له حكم عينه **قوله**
لانه الجالب له عليه وبهذا فارق ضمان كسب العبد المأذون على المولى وضمان المرهون
على الراهن وان ملكه لانه لا يعد ذلك ضمان ملكه عليه لانه بدل المغرم وهذا ضمان ملكه عليه
ولا نظير له **فان قيل** الجالب للضمان له عليه انما يكون ممتنعا لعدم الفايدة وههنا يشتمل
على فايدة وصوله الى حقه وهو الجودة الا ترى ان من اشترى مال نفسه لا يصح لعدم
الفايدة ثم لو افاد بان اشترى مال المضاربة مع مال الغير يصح لوجود الفايدة وهو تملك
مال الغير بحصته من الثمن المذكور في الشراء وكذا يجوز لرب المال ان يشتري مال
المضاربة من المضارب لما فيه من الفايدة **قلنا** لا نسلم وان كان فيه فايدة لان الجودة
تبع للدراهم لانها وصفها فانتقض بتبعيض اصل الدراهم لاسترداد الجودة جعل ما هو
الاصل تبعا لتبعه وهذا نقض الموضوع وقلب المعقول بخلاف المسئلتين لانه ليس
فيه ذلك **قوله** وكذا اذا انكسر فيها الطين وفي بعض الروايات اذا انكسر اي في حل في الكتاب
وهو موضع واما قيد بالكسر لانه لو كسره احد يكون له **قوله** وصاحب الارض لم يعد
ارضه لذلك واما اذا هيأه بان حفر بئرا للصيد فوقع فيها له **قوله** وفسطاط تفسير التنكير
للجفاف يعني اذا وضعها للجفاف فتعلق بها صيد واخذه انسان فهو للاخذ **قوله** ان
كان مستعدا له معطوف على قوله ما لم يكفه على تقدير حذف حرف النفي اي ما كان
مستعدا له **قوله** بخلاف ما اذا عسل النحل في ارضه حيث يكون العسل لصاحب الارض
لانه عد من انزال الارض والنزل الزيادة والفضل والفرق ان العسل ليس في معنى الصيد
لا في الحال ولا في المآل والارض في يد صاحبها فيها يكون في يد صاحبها وذلك لان العسل
صار قائما بارضه على وجه القرار فصار تابعا للارض كالشجر والزرع ينبت فيها والله اعلم

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد من العوضين من جنس
الاثمان اي بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة او احدهما بالاخر سمي به لانه يحتاج
الى نقد بالمجلس من يد الى يد والصرف هو النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف
الله قلوبهم او لانه عقد يرد على مال لا يقصد به ذاته بل يعني به الفضل بطريق التوسل

كتاب الصرف

King Saud University
Copyright © King Saud University

والصرف هو الفضل لغة كذا قاله الخليل ومنه سمي التطوع صرفا لانه فضل على الفرائض قال عليه
السلام من انتمى الى غير ابيه لا يقبل الله تعالى منه صرفا ولا عدلا اي لا تطوعا ولا فرضا والاموال
انواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء اولا قوبلت بجنسها او بغيره ونوع مبيع بكل
حال وهو ما ليس من ذوات الامثال كالثياب والدواب والمماليك ونوع ثمن من وجه مبيع من
وجه كالمكيل والموزون فانه اذا كان معينا في العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء
وقابله مبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو السلعة في الاصل فان كان رائجا
كان ثمنا وان كان كاسدا كان سلعة وهذا لان الثمن عند العرب ما يكون دينا في الذمة
كذا قاله الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا في الذمة ولهذا قلنا انها لا تتعين
بالتعيين فكانت ثمنا على كل حال والعروض والمكيل والموزون لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت
مبيعة والسلم في بعضها رخصة شرعية فلا يخرج به من ان يكون مبيعا والمكيل والموزون
يستحق عينا بالعقد تارة ودينا اخرى فيكون ثمنا في حال ومبيعا في حال ومن حكم الثمن
ان لا يشترط وجوده في ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح
الاستبدال به وهو المبيع بخلافه قوله ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق و
اختلف المشايخ ان القبض قبل الافتراق شرط صحة العقد او شرط لبقائه على الصحة
فعلى قول من يقول انه شرط بقاء العقد على الصحة لا اشكال وعلى قول من يقول شرط
صحة العقد اشكال وهو ان يقال لما كان شرط الجواز يشترط حالة العقد كالشهادة
في باب النكاح والمالية في البيع والجواب انه اشتراط القبض حالة العقد غير ممكن
لما فيه من اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه فتعلق الجواز بقبض يوجد في المجلس
لان مجلس العقد له حكم حال العقد فكان كالموجود عنده حكما قوله لما روينا وهو
ما روى قبله يدا بيد قوله فقضيته علم التعيين لكونه ثمنا خلقة يريد به ان الشبهة
في المحرمات ملحقة بالحقيقة قوله لقول ابن عمر رض وان وثب من سطح فثب معه
في المبسوط وعن ابي جبلة قال سالت عبد الله بن عمر رض فقلت انا نقدم ارض
الشام ومعنا الورق الثقال النافقة وعندهم الورق الخفاف الكاسدة افنبتاع ورقهم العشرة
بتسعة ونصف فقال لا تفعل ذلك ولكن بع ورقك بذهب واشتر ورقهم بالذهب
ولا تفارقه حتى تستوفي وان وثب من سطح فثب معه وليس المراد منه الاطلاق فيه
الوثبة المهلكة بل هو مبالغة في ترك الافتراق بالابدان قبل القبض قوله وكذا المعتبر
ما ذكرناه في قبض راس مال السلم اي المعتبر تفرق الابدان لا القيام عن مجلس العقد
بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض اذ التخيير تمليك بما يدل على الرد والقيام دليله
الذهب بالورق ربوا اي حرام بطريق اطلاق اسم الملزوم على اللازم قوله هاء وهاء

هاء اي خذ ومنه هاؤم اقرؤوا كتابيه اي كل واحد من المتعاقدين يقول لصاحبه هاء فيتقابضان
قوله لان باحدهما لا يبقى القبض مستحقا اي بشرط الخيار وبالثاني يفوت القبض المستحق اي بالاجل
قوله الا اذا اسقط الخيار في المجلس فيجوز خلافا لزفر وكذا اذا اسقط الاجل براس السلم في المجلس قوله و
كذا تقابل الثمن في باب الصرف فيبيع فان قيل لو جعل كل واحد منهما مبيعا لاشترط قيام الملك
في كل واحد منهما حالة العقد حتى لا يصير بيعا ما ليس عنده ولم يشترط قيام الملك في
الدراهم والدنانير وقت العقد فقد ذكر في الكتاب لو باع رجل من آخر دينارا بدراهم وليس
في ملك هذا دينار ولا في ملك ذاك دراهم ثم استقرض هذا دراهم ودفعها الى مشتريها
واستقرض الآخر دينارا ودفعه الى مشتريه جاز قلنا الدراهم والدنانير قبل العقد وحالة
العقد ثمن من كل وجه وانما يعتبر مبيعا من وجه بعد العقد لان اعتباره مبيعا بسبب العقد
ضرورة ان العقد لا بد له من مبيع كما لا بد له من ثمن فيعتبر كونه ثمنا بعد العقد لا قبله فلا
يشترط قيام الملك فيه قبل العقد وهذا كما في بيع العرض بالعرض فان كونه ثمنا لا يثبت
قبل العقد بوجه من الوجوه لانه مثمن في الاصل وانما يصير ثمنا بسبب العقد ضرورة ان العقد
لا بد له من ثمن فيعتبر كونه مثمنا قبل العقد حتى يشترط قيام الملك في كل واحد منهما حالة
العقد ويتعلق العقد بهما ويعتبر كونه ثمنا بعد العقد حتى لا ينفسخ العقد بهلاك احدهما
بعد البيع قبل القبض كما لو كان ثمنا من كل وجه كذا ههنا فاذا اعتبرت الثمنية قبل العقد
في البدلين من كل وجه لا يشترط قيام الملك فيهما قبل العقد ولا يتعلق العقد بهما والله اعلم
قوله وليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا جواب عن اشكال وهو ان يقال لو
كان مبيعا لكان متعينا قلنا ليس من ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا فان المسلم فيه مبيع
غير متعين ولانه ليس بمبيع مطلقا بل هو مبيع من وجه ثمن من وجه وهو كاف لسلب
الجواز اذا اشبه كالحقيقة في الحرمات قوله لما ذكرنا اي من الحديث والمعقول قوله
بخلاف بيعه بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال الربوا وكذا اذا تساويا في الوزن في الواقع لا يجوز
ايضا لان العلم بالتساوي حالة العقد شرط صحة العقد حتى لو تبايعا ذهبا بذهب
مجازفة وافترقا بعد التقابض ثم علما بالوزن انهما كانا متساويين لا يجوز عندنا
خلافا لزفر قوله الفاسدة والعا نقدا وهو اشتراها بالفي مثقال فضة نسيئة
في الكل فهذا يحتمل وجهين اما في الطوق فلفوات التقابض واما في الامة فلان المفسد
مقارن للعقد فقد تقرر في الكل معنى من حيث ان قبول العقد في البعض شرط لقبوله
في الباقي ومكذا لا يفسد في الامة لان الفساد يتقرر بتقرر المفسد وهنا ما لم
اشتراها بالفي مثقال ولم ينقد من الثمن شيئا حتى افترقا بطل في الطوق وملك الجارية
اجماعا لان الفساد في الطوق طارئ فلا يتعدى الى الامة قوله لما بينا اشارة الى قوله لان

Copyright © King Saud University

قبض حصة الطوق واجب في المجلس ولو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم
او قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع في الحلية لان الترجيح في الاستحقاق عند المساواة في
العقد او الاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع بكون المدفوع من ثمن السيف خاصة في
القولة ذلك قوله لان الملك والعقل في باب جهة التمليك اليه كما في المبسوط **قوله** لا يربوا
اي فيما اذا كانت مثله او اقل منه او لاحتمال الربا فيما لا يعرف وفيه خلاف زفر **قوله** وجهة الفساد
من وجهين بمقابلة المساواة مع النقصان والجواز بمقابلة الزيادات ولو استوتا لكانت
لترجحت جهة الفساد احتياطا فما ظنك اذا كانت جهة الفساد اكثر **فان قيل** الترجيح انما
يكون بشيء لا يكون علة لاثبات الحكم ابتداء وههنا كل واحد من الجهتين اعني المساواة مع
النقصان من المقدر علة عدم الجواز ابتداء فلا يصلح للترجيح **قلنا** مراده انه اذا كان احدهما
يكفي للحكم فما ظنك عند اجتماعهما لا الترجيح الحقيقي **قوله** لانه صرف كله فيصح فيما وجد شرطه
ويبطل فيما لم يوجد بخلاف مسئلة الجارية مع الطوق والسيف مع الحلية فان كل واحد منهما
صرف فيصح فاذا انتقض بطل الصرف فيهما في الكل **قوله** وكان الاناء مشتركا بينهما ولا يقال انه
تفريق الصفقة على المشتري فينبغي ان يتخير لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من
العاقد بهلاك احد العوضين ولان الشركة وقعت بصنعه وهو الافتراق قبل نقد
كل الثمن **قوله** ومن قضية الانقسام على الشيوع بان ينقسم كل بدل من هذا الجانب
على البدلين من ذلك الجانب على البدلين من هذا الجانب ومتى وجبت المقابلة هكذا
جاء التفاضل ضرورة ان المخلوط من الشعير والدراهم والدنانير من احد الجانبين اكثر فيتحقق
الربوا وفي صرف الجنس الى خلاف جنسه تغيير تصرفه وهو اثبات مقابلة لا دليل عليها في لفظه ثم
فيه تصحيح تصرفه ولكن تغيير الوصف لا يصح لتصحيح التصرف كما في المسائل المذكورة ولنا ان العقد
يقتضي مطلق المقابلة لا مقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا مقابلة الفرد بالفرد من جنسه
او من خلاف جنسه لانها مقابلة مقيدة واللفظ المطلق غير متعرض لواحد منهما ولكن مطلقها
يحتمل مقابلة الفرد وسائر وجوه المقابلة لانه يقتضي الاطلاق ولكن لان اثبات لا يخلو عن
وصف من الاوصاف كما عرف في الرقبة الآتية لغرض الى هذه المقابلة ثم قال على ان يكون
خلاف الجنس يصح ويصير الفرد مقابلا بالفرد ولولا الاحتمال لما صح التفسير به ولما كانت هذه
المقابلة تحتمل مقابلة الفرد وهو طريق متعين لتصحيحه وجب ان يحمل عليه تصحيحا لتصرفه
وهذا وجب حمل كلامه على المجاز اذا لم يصح الا بالحمل عليه ومن تعين انه ليس تغيير لكلامه بل هو
تعيين احد المحتملين ولئن كان فيه تغيير فهو تغيير وصفه وهو بطلان صفة الشيوع لا
اذ موجبه الاصلي ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل وهو باق بحسب ولهذا قول العقد
في الجنس بالجنس بان باع دينارين بدينارين حتى لو تعين كل واحد منهما دينار يصح العقد فيه قوله

قوله

فوليت الآخر بالآخر لما صح لان المقبوض يكون مقابلا بالمقبوض وغير المقبوض بما بقي كما لو باع
نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه وكذا ان يتقيد بكلامه تصحيحا لتصرفه
ولذا كان فيه تقييد كلامه **قوله** وفيه تغيير وصفه لا اصله اي وفيما قلنا من مقابلة الفرد بالفرد
تغيير وصف العقد لما ان وصف العقد يقتضي الانقسام بالشيوع لكن فيه الانقسام بالشيوع
تغيير اصل العقد لان اصل العقد الصحيح يثبت الملك قبل القبض فلو قلنا بالانقسام بالشيوع
يفسد العقد ولا يثبت الملك قبل القبض فكان تغييرا لاصل العقد بسبب تغيير وصف العقد
وفي مقابلة الفرد بالفرد ابقاء لاصل العقد على نصيبه وهو ثبوت الملك في الكل قبل القبض
مع تغيير الوصف فكان اهون التغييرين فكان اولى في المبسوط وصرف الجنس الى خلاف
الجنس صحيح العقد ولا معارضة بين الجائز والفاسد فالجائز مشروع من كل وجه على ما هو
مشروع من وجه **قوله** ولانه نص في توليته اي نص فيه تغيير اصل العقد لانه عقد المواضعة فلو صححنا
نقض فيه نص توليته **قوله** والطريق في المسئلة الثانية غير متعين اي طريق الجواز لانه كما يجوز
ان يصرف الالف الى المشتري فكذلك يجوز بان يصرف الى الف وواحد او اثنان او ثلثة الى
الف وتسعة وتسعين وهي بالوجوه كلها سواء وليس بعضها اولى من البعض فيفسد
العقد لجهالة طريق الجواز **فان قيل** قد تعدد طريق الجواز ههنا لانا اذا صرفنا الدرهم الى
الدينارين والدينار الى الدرهمين يصح واذا صرفنا نصف الدينار الى الدرهمين والدرهم مع
نصف الدينار الى الدينارين يصح **قلنا** نعم الا ان التعدد انما يمنع الجواز اذا لم يترجح احد
وجوهه ولما ذكرناه رجحان لان العقد ورد باسم الدراهم فيحوي به مع بقاء اسم الدراهم
اولى **قوله** والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء والحاجة الى التصحيح فوق الحاجة
الى البقاء على الصحة لانه لولا الصحة يكون هو مرتكبا للمحرم في مباشرة الصرف ولا كذلك
البقاء على الصحة ولان الفساد ثمة يتوهم لجواز ان يتقابضا في المجلس وههنا متحقق **قوله**
ومن باع احد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار في هذه المسئلة احد الطريقين جنس واحد
والآخر مشتمل على الجنسين **قوله** على ما روينا وهو قوله عليه السلام الفضة بالفضة مثلا
بمثل **قوله** فالظاهر انه اراد به ذلك اي ان البايع اراد بهذا العقد الذي ذكرناه وهو
ان يكون العشرة بمثلها والدينار بدرهم **قوله** ولو تبايعا فضة بفضة ومع اقلهما شيء آخر
يبلغ قيمته باقي الفضة جاز وصورته اذا باع عشرة دراهم وثوبا بخمسة عشر درهما وان لم يبلغ
فمع الكراهة كالجوزة وكف من زبيب وانما كره لانه احتيال لسقوط الربوا فيباح اخذ الزيادة
بالحيلة فيكون كبيع العينة فانه مكروه لهذا **قوله** ومعنى المسئلة اذا باع بعشرة مطلقة اي من
غير ان يقيد بالعشرة التي عليه اما اذا قيد بذلك فقال بالعشرة التي عليه يجوز بلا خلاف وفيما
اذا باع دينارا بعشرة مطلقة ثم تقاصا بالعشرة التي عليه يجوز بلا خلاف وفيما اذا باع خلاف

Copyright © King Saud University

خلاف زفر رحمه الله وهو القياس وفي الاستحسان يجوز وجه القياس ان هذا استبدال ببدل الصرف فلا
يجوز كما لو اخذ ببدل الصرف عوضا اخر دينارا قوله ووجه وجه الجواز انه يجب بهذا العقد
ثمن يجب عينه بالقبض فلم يقع المقاصة بنفس العقد لعدم المجانسة واذا تقاصا تضمن
ذلك فسخ الاول والاضافة الى الدين فان قيل لو تضمن الصرف ضمنا للمقاصة ينبغي ان يكون
العقد شرطا لان الاقالة بيع في حق ثالث والشرط ثالثهما فكان بيعا في حقه قلنا صار
الاقالة هنا في ضمن المقاصة فاذا ثبت حكم البيع بمثل هذه الاقالة بحكم البيع لما في
حق الثالث فيما اذا كانت الاقالة ثابتة قصدا وفي الاضافة الى الدين تقع المقاصة
بنفس العقد ثم لما اضاف العقد الى الدين وجب ان لا يجب بنفسه لانه يسقط وتعين ان ما قبض
ههنا وقعت المقاصة ههنا بنفس العقد لتجانسهما وعقد الصرف على هذا الوجه جائز
لان تعين البيع البدلين انما يكون شرطا احترازا عن الربوا فاما اذا كان احدهما مقبوضا
والاخر دينا فانما يكون بيع عين بدين ما تعين حينئذ الدين لان التعين ما يقع الخطر في
عاقبته ولا خطر في دين يسقط فلا يحتاج اليه ويأمن المقبوض في المجلس الا ترى ان الدين
بالدين حرام ثم لو تصارفا دراهم دين بدينار دين صح لفوات الخطر وهذا خلاف السلم فانه
اضاف عقد السلم الى راس مال هو دين على المسلم اليه في الاستبدال لا يصح فكذا اذا حال العقد
اليه في الاستهلاك وهذا لان ما يقابل راس المال في السلم دين وبالمقاصة لا يتعين راس
المال فيكون دينا بدين وفي الصرف ما يقابل الدين عين مقبوض في المجلس بعد الافتراق عن عين
بدين جائز هذا اذا كان الدين سابقا وان كان لاحقا بان اشترى دينارا بعشرة دراهم ثم
باع المشتري من البايع ثوبا بعشرة لا تقع المقاصة بنفس العقد لان في الدين المتقدم تقع
المقاصة بنفس العقد فمع المتاخر اولى فاما اذا تقاصا قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله يجوز
المقاصة ههنا لان الدين لاحق فيكون صرفا بدين يجب في الاصح انه لا يصح لانه لما تقاصا
تضمن ذلك الفسخ الصرف الاول والانشاء صرف اخر فكان صرفا بدين يسمى وجهه قوله
الغطارفة هي الدراهم الغطريفية التي هي القطعة منها [illegible] كذا في المغرب فيها
جنسا المال لانها [illegible] ولكن لكونها قطعا قوله ووجهه تحقق المساواة في الوزن اي
الجواز تحقق شرائط الصحة لان المساواة في الوزن متحققه والمساواة في الجودة
ليست بشرط لما عرفنا ان الجودة ساقطة العبرة لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء
قوله هو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف يعني ان كانت الفضة الخالصة مثل تلك
الفضة التي في الدراهم او اقل او لا يدري لا يصح وان كانت اكثر يصح قوله ولكنه صرف
حتى لو اشكال وهو ان يقال ينبغي ان لا يشترط التقابض في هذه الصورة لانها صرف
الجنس بخلاف الجنس يشترط التقابض في المجلس قلنا انما صرفنا الجنس الى خلاف الجنس

لحاجتنا

لحاجتنا الى جواز العقد فاذا جاز العقد بذلك الطريق لا حاجة لنا الى ابقائه فلم يكن كل واحد
مصروفا الى خلاف الجنس في حق القبض بل صرفنا الى جنسه لشرط التقابض في المجلس لعدم الحاجة
الى ابقاء العقد على الصحة لان الحاجة انما تمس في نفي الفساد المقارن فيكون تصرفهما على الصحة لنفي
نفي الفساد قوله الغطارفة اي الدراهم الغطريفية منسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير
خراسان ايام الرشيد كذا في المغرب قوله ينفق باب الحوالة انه يجاز حمل [illegible] عن الاموال [illegible] ايام
علم جل [illegible] في الذهب والفضة بالتنفيذ قوله ثم ان كانت تروج اي المغشوشة قوله بالجنس بها [illegible]
اي بجنس الدراهم المغشوشة من الزيوف لكان البايع يعلم بحالها انها زيوف والمساوى [illegible]
في التبايع والاستقراض وفي الصرف كما لو بالغش قوله واذا اشترى بها سلعة اي بالدراهم
المغشوشة ثم كسدت اي في كل البلاد حتى لو كانت تروج في بعضها عليه رد المثل كذا اختاره
الفقيه ابو الليث وفي عيون المسايل الكساد عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كانت لا تروج
في جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن فاما اذا كانت لا تروج في هذه البلدة
وتروج في غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبايع الخيار ان شاء اخذ
مثل النقد الذي وقع عليه البيع وان شاء اخذ قيمته ذلك دنانير وما ذكره في العيون يستقيم على
قول محمد رحمه الله واما على قولهما فلا يستقيم وينبغي ان يبطل البيع بالكساد في تلك البلدة بناء
على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين يجوز عندهما اعتبارا للاصطلاح بعض الناس وعند
محمد رحمه الله لا يجوز اعتبارا للاصطلاح الكل بالكساد ينبغي ان يكون على هذا القياس ايضا وفي
الفتاوى اذا اشترى بفلوس وكسدت قبل القبض فسد البيع في قول ابي حنيفة رحمه الله وعندهما
لا يفسد وقال ابو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وعليه الفتوى ثم اذا فسد البيع بالكساد
او بالانقطاع فان لم يكن البيع مقبوضا فلا حكم لهذا البيع اصلا وان كان مقبوضا ان كان
قائما رده على البايع وان كان مستهلكا او هالكا رجع البايع عليه بقيمة المبيع ان لم يكن
البيع مثليا وبمثله ان كان مثليا هذا اذا كسدت الدراهم والفلوس فاما اذا غلت بان ازداد
قيمتها فالبيع على حاله ولا يتخير المشتري واذا انتقصت قيمتها ورخصت فالبيع على حاله
يطالبه بالدراهم بذلك العيار الذي كان وقت البيع والذي ذكرنا من الجواب في الكساد فهو
الجواب في الانقطاع اذا انقطعت الدراهم من ايدي الناس قبل القبض فسد البيع عند ابي
حنيفة رحمه الله وحد الانقطاع انه لا يوجد في السوق وان كان يوجد في ايدي الصيارفة قوله و
الثمنية فضل فيه اي في العرض اذ صحة استقراض الفلس لم يكن باعتبار صفة الثمنية بل لانه مثلي
وبالكساد لم يخرج من ان يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد قوله واصل الاختلاف
الى اصل الاختلاف بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وانما قيدنا بذلك لانه بني هذا الاختلاف على الاختلاف
في غصب المثلي كالرطب مثلا وغيره كان الاختلاف فيهما نظير الاختلاف الذي نحن فيه كذا في النهاية

[illegible]

Copyright © King Saud University

وفي الفوايد الخبازية واصل الاختلاف فيمن غصب مثليا فانقطع الان هناك يعتبر القيمة يوم الخصومة
عند ابي حنيفة رح وههنا لا يقول به لان الخاب قيمتها من الفضة يوم الخصومة لا يعتبر بل
قيمتها كاسدة وعنهما سواء بل الجاب العين كاسدة اعدل من قيمتها كاسدة فان وجب قيمتها
كاسدة وعندهما المعتبار قيمتها من الحبة اما يوم القبض او اخر يوم كانت الحبة فكسدت فكان
الجاب قيمتها من الفضة اولى من الجابها عينها كاسدة كذا في المبسوط محمد رح انظر في
حق المقرض بالنظر الى قول ابي حنيفة رح وكذا في حق المستقرض بالنسبة الى قول ابي يوسف رح
وفي فتاوى قاضيخان وقال محمد رح قيمتها في اخر يوم كانت الحبة وعليه الفتوى وقول ابي يوسف
رح ايسر على المفتي او القاضي لان قيمة يوم القبض معلومة ويوم الانقطاع لا يعرف الا
بحرج وذكر في المحيط ذكر القيمة على قولهما من غير فصل بين ما اذا كانت قايمة اوهالكة
والفلوس المغصوبة اذا كسدت فان كانت قايمة رد عينها بالاجماع وان كانت هالكة فعلى
الاختلاف الذي مر وهذه المسئلة في الحاصل فرع لمسئلة اخرى في كتاب الغصب ان من غصب
رطبا فهلك عنده او استهلك ثم انقطع اوان الرطب قال ابو حنيفة رح قيمته يوم الخصومة وقال
ابو يوسف رح قيمته يوم الغصب وقال محمد رح يوم الانقطاع وكثير من المشايخ يفتون بقول محمد رح
ومن كان يفتي الصدر الشهيد الكبير برهان الائمة والصدر الاسلام حسام الدين وبعض
مشايخ زماننا افتوا بقول ابي يوسف رح **قوله** ومن اشترى شيا بنصف درهم فلوس اي اشترى
بفلوس قيمتها نصف درهم فضة قوله من الفلوس بيان لقوله ما يباع وفي المغرب الدانق
بالفتح والكسر قيراطان والجمع دوانق ودوانيق وفي الصحاح الدانق سدس الدرهم والقيراط
نصف دانق **قوله** ومن اعطى صيرفيا الصراف وهو من قولهم الدرهم على الدرهم صرف في
الجودة والقيمة اي فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميز هذه الجودة صراف وصيرفي
كذا في المغرب **قوله** والفساد اقوى لانه مجمع عليه وقد مر نظيره وهو ما اذا جمع بين حر
وعبد وباعهما صفقة واحدة فلو لم يبين ثمن كل واحد منهما يشيع الفساد على قول
ابي حنيفة رح **قوله** ولو كرر لفظ كان جواب كقولهما لانهما بيعان بان قال اعطني بنصفه
كذا فلسا واعطني بنصفه الباقي نصفا الا حبة فالحكم ان العقد في حصة الفلوس جائز
بالاجماع وحكي عن الفقيه عيسى بن جعفر الهندواني والفقيه المظفر اليماني والشيخ الامام
رح ههنا ايضا لا يصح وان كرر لفظ الاعطاء لان الصفقة متحدة لانها لو تفرقت انما تفرق
بتكرار قوله اعطني وكان وجه الرد لان قوله اعطني مساومة وتكرار المساومة لا يتكرر البيع
الا ترى انه لو تكرر المساومة لا ينعقد البيع حتى انه من قال الاخر يعني فقال بعت لا ينعقد
البيع ما لم يقل الاخر اشتريت واذا كان لا ينعقد البيع بتكرار المساومة فتكرارها كيف
يتكرر العقد وكانت الصفقة واحدة والصحيح انهما بيعان فلا يشيع الفساد **قوله** وفي

الكفالة

كتاب الكفالة

اكثر نسخ المختصر اي مختصر القدوري والله اعلم **كتاب الكفالة** هي الضم لغة قال الله
تعالى وكفلها زكريا اي ضمها الى نفسه وقال عليه السلام انا وكافل اليتيم كهاتين اي ضام اليتيم
الى نفسه ثم قيل اي في الشريعة هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة دون الدين وقيل في الدين
وهو قول الشافعي رح فيصير الدين الواحد دينين لان الكفيل مطالب فيطالب بالدين والمطالبة بالاداء
الدين ولا دين محال اذ المطالبة فرع الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل ولهذا لو وهب له
صح وكذا لو اشترى منه شيا صح وهبة الدين من غير من عليه الدين لا يصح وكذا الشراء بالدين
من غير من عليه الدين لا يصح وليس من ضرورة ثبوت الدين في ذمة الكفيل مع بقائه في
ذمة الاصل ما يوجب زيادة حق المطالبة لانه وان ثبت الدين في ذمتهما فالاستيفاء لا يكون
الا من احدهما كالغاصب مع غاصب الغاصب فان كل واحد منهما ضامن للقيمة ولا يكون حق
المغصوب منه الا في قيمة واحدة لانه لا يستوفي الا من احدهما غير ان هناك اختيار تضمين
احدهما يوجب براءة الاخر لما فيه من التمليك منه وههنا لا يوجب ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء
فلهذا كان مطالبة كل واحد منهما والاول اصح لان الدين نفي في ذمة الاصل كما كان ولا يتصور
وجوبه في ذمة الكفيل لان جعل الدين الواحد دينين قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عند الضرورة
كما اذا وهب للكفيل او اشترى منه شيا فجعلنا الدين عليه ضرورة تصحيح تصرفه وجعلناه في
حكم دينين وقيل لا ضرورة ولا يتصور لوجود المطالبة الا بعد وجود اصل الدين واما انكم
بايجابنا على من عليه المطالبة فلا الا ترى ان الوكيل بالشراء مطالب بالثمن واصل الثمن
على الموكل حتى لو ابرأ البائع الموكل عن الثمن صح وكما يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الثمن
في حق من له ابتداء حتى يكون المطالبة بالثمن للوكيل بالبيع واصل الثمن للموكل فكذلك
يجوز ان ينفصل المطالبة عن اصل الدين في حق من عليه فيتوجه المطالبة على الكفيل بعقد
الكفالة واصل الدين في ذمة الاصل وكذلك ينفصل المطالبة عن اصل الدين بسقوطها
بالتاجيل فكذلك لزومها بالكفالة والمطالبة مع اصل الدين بمنزلة ملك التصرف مع ملك
العين فكما يجوز ان ينفصل ملك التصرف عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد
عن ملك العين في حق المكاتب وملك اليد عن ملك العين في حق المرتهن فكذلك يجوز
ان ينفصل التزام المطالبة بالكفالة عن التزام اصل الدين كذا في المبسوط واما ركنها
فالايجاب والقبول عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح في قوله الاخر حتى ان عندهما
الكفالة لا تتم بالكفيل وحده سواء كفل بالمال او بالنفس ما لم يوجد قبول المكفول له او قبول
اجنبي عنه في مجلس العقد وقال ابو يوسف رح في قوله الاخر الكفالة تتم بالكفيل وحده
القبول والخطاب من غيره او لم يوجد واختلف المشايخ في قوله الاخر ان الكفالة تتم من
الكفيل وحده موقوفا على اجازة الطالب ويصح نافذا وللطالب حق الرد وفايدة هذا الخلاف

[illegible]

انما يظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤاخذ الكفيل ولها شرطها
كون المكفول به مقدور التسليم من الكفيل حتى لا يصح الكفالة بالحدود والقصاص لتعذر استيفائها
اذ غير الجاني لا يؤاخذ بجناية الجاني وان يكون دينا صحيحا ولهذا لم يصح الكفالة ببدل الكتابة لانه ليس
بدين صحيح لانه لا يجب للمولى على عبده دين وانما وجب مخالفا للقياس فلا يظهر في حق صحة الكفالة
واما اهلها فاهل التبرع بان كان حرا مكلفا فلا يصح من العبد والصبي وحكمها وجوب المطالبة
على الكفيل **قوله** ضربان الكفالة بالنفس والمال **فان قيل** قوله عليه السلام الزعيم غارم يدل
على وجوب الغرم على الكفيل والكفيل بالنفس لا يغرم شيئا فكيف يستدل به على شرعيته
قلنا الغرم ينبئ عن لزوم شيء بضرر وعلى الكفيل بالنفس لزوم الاحضار والحاجة ماسة
الى هذا النوع وهي صيرورة احياء حقوق العباد لانه ربما يتغيب فيتوى حق صاحب الحق
وعن الصحابة رض انهم جوزوا الكفالة بالنفس **قوله** اما حقيقة كبنفسه وجسده وبدنه او
عرفا كما بوجهه او براسه او بوجهه **قوله** لانه تصريح بموجبه اي بموجب عقد الكفالة لانه
يصير به ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك
الكل العيال قال الله تعالى وهو كل على مولاه والجمع الكلول والكل اليتيم ايضا والولد اليتيم
بدلالة عطف العيال عليه والعيال هو من يعوله اي يقوم **قوله** وقد روينا وهو
قوله عليه السلام الزعيم غارم بخلاف ما اذا قال انا ضامن لمعرفته لان موجب الكفالة التزام
التسليم وهو ضمن المعرفة لا التسليم وفي الفتاوى عامة المشايخ رح قالوا يكون كفيلا
وكانهم فرقوا بين الفارسية والعربية كذا في فتاوى قاضيخان **قوله** ولو غاب المكفول
بنفسه اجله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه ويستوثق منه بكفيل هذا اذا عرف مكانه وان لم
يعرف مكانه واتفق الطالب والكفيل على ذلك سقطت المطالبة عن الكفيل للحال الى ان يعرف
مكانه لانهما تصادقا على عجزه عن التسليم للحال وان وقع الاختلاف بين الطالب والكفيل
فقال الكفيل لا اعرف مكانه وقال الطالب تعرف مكانه فان كان له خرجة معروفة يخرج
الى موضع معلوم للتجارة في كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى
ذلك الموضع لان الظاهر شاهد للمدعي وان لم يكن ذلك معروفا منه فالقول قول
الكفيل لانه متمسك بالاصل وهو الجهل ومنكر لزوم المطالبة اياه والطالب يدعيه
فقال البعض لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضي الى ان يظهر عجزه لان المطالبة كانت
متوجهة عليه فلا يصدق في اسقاطها عن نفسه بالقول فان اقام الطالب بينة انه
في موضع كذا امر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة
بالثابت معاينة وكذا اذا ارتد ولحق بدار الحرب لا يسقط الكفيل عن الكفالة بل
يمهله القاضي مدة ذهابه ومجيئه لان لحاقه بدار الحرب موت حكما في قسمة ماله بين ورثته

ناما

فاما في حق نفسه فهو مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم يبقى الكفيل على كفالته وفي
الذخيرة اذا لحق المكفول بنفسه بدار الحرب ان كان الكفيل قادرا على رده بان كان بيننا وبين
اهل الحرب موادعة ان من لحق بهم مرتدا يردونه علينا او الطالب امهل الكفيل قدر الذهاب
والمجيء وان لم يكن قادرا على رده بان لم يتقدم موادعة على الوجه الذي قلنا فالكفيل لا يؤاخذ
به **قوله** لحصول المقصود اذ المقصود من التسليم في مجلس الحكم امكان المخاصمة واستخراج الحق
باثبات حجة عليه وهذا الامكان حاصل متى سلمه في مكان آخر من هذا المصر **قوله** لانه قد
يكون شهوده فيما عينه او ذلك القاضي يعرف حادثته فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر قلنا ولعل
شهوده فيما عينه او ذلك القاضي يعرف حادثته فلا يبرأ بالتسليم في مصر آخر قلنا ولعل
شهوده فيما سلم وهذا القاضي يعرف حادثته فتعارض الموهومات وبقي التسليم سالما
عن المعارض فيبرأ وهذا اذا لم يشترط التسليم في مصر كفل فيه وان شرط فلم يبرأ عندهما
وعلى هذا اختلف المشايخ فيه **قوله** لا يقدر على المحاكمة فيه لان الغرض من التسليم تمكنه
من احضاره مجلس الحكم ليثبت عليه حقه وهذا لا يتأتى اذا كان محبوسا **قوله** ولا يشترط
قبول الطالب التسليم وفي المبسوط وسوى ان قبله الطالب او لم يقبله لان الكفيل
يبرئ نفسه بايفاء عين ما التزم ولا يتوقف ذلك على قبول صاحب الحق كالمديون اذا جاء
بالدين فوضعه بين يدي الطالب وهذا لانه لو توقف على قبول الطالب لتضرر من عليه
فانه يمتنع عن ذلك ابقاء لحقه والضرر مدفوع بحسب الامكان **قوله** ولو سلم المكفول به نفسه
من كفالته اي من كفالة الكفيل صح وفي المبسوط فان دفع المكفول به نفسه الى الطالب
وقال دفعت نفسي اليك من كفالة فلان برئ الكفيل **قوله** لانه مطالب بالخصومة فكان له
ولاية الدفع الى دفع الخصومة فلا يكون في تسليم نفسه الى الطالب متبرعا كالمحيل اذا قضى
الدين فلذلك صح تسليمه نفسه قبل الطالب او لم يقبل **قوله** وان تكفل بنفسه على انه ان
لم يواف به الى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فالتقييد بقوله لما عليه مفيد لانه اذا
لم يقل بما عليه لا يلزم على الكفيل شيء عند محمد رح واما التفسير بقوله وهو الف فلا يفيد
فلا يفيد **قوله** وهذا التعليق صحيح لانه تعليق بشرط متعارف بتعامل الناس اياه وان كان
القياس يأباه وبالتعامل تترك القياس في البيع كما لو اشترى نعلا على ان يحذوه البائع مع ان
بابه اضيق من الكفالة فلان تترك ههنا وبابها اوسع اولى **قوله** وقال الشافعي رح لا تصح
هذه الكفالة اي الكفالة بالمال لانها سبب وجوب المال او تعليق سبب وجوب المال بالخطر لا
لا تصح كالبيع ولا تصح الكفالة بالنفس ايضا عنده فلا تصح الكفالتان ولنا ان الكفالة
بالمال تشبه النذر ابتداء باعتبار التزام المال وتشبه البيع انتهاء لان الكفيل يرجع على الاصيل
بما ادى عنه فكان مبادلة المال بالمال فقلنا لا تصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ومجي

الشرح ٢

المطلوب فيصح بشرط متعارف علله بالشبهات **قوله** ومن كفل بنفس رجل فقال ان لم يواف به غدا فعليه
المال فان مات المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة **فان قيل** شرط
الكفالة بالمال عدم الموافاة بالنفس بقاء الكفالة بالنفس على حالها ولهذا لو ابرأ الكفيل
الطالب عن الكفالة بالنفس قبل انقضاء المدة في هذه المسئلة لا يلزم الكفيل شيء لان بالابراء
انفسخت الكفالة بموت المكفول به لان الكفالة تبطل بموت المكفول به فقضا ونظر الابراء
فلا يلزمه المال **قلنا** الابراء وضع لفسخ الكفالة والموت لم يوضع له اصلا فبالابراء
انفسخ الكفالة من كل وجه وبالموت ينفسخ فيما يرجع الى المطالبة بالنفس فلا ضرورة
الى القول بانفساخها في حق الكفالة بالمال لان عدم الموافاة مع العجز عن تسليم النفس
متحقق والشرط عدم الموافاة مطلقا ولهذا اذا مات المكفول به فان مات الكفيل
قبل انقضاء المدة هل يجب المال ذكر في الكفيل اذا مضت المدة في الاصل اشارة الى
انه يجب فانه قال ان وافى ورثة الكفيل بالمكفول به الطالب قبل انقضاء المدة لا يلزم الكفيل
المال وان ابى الكفيل يجب عليه لان لهم حقا في ذلك فهو امر لا يلزمهم المال عند انقضاء المدة
قوله ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها اي بين صفتها بانها جيدة او ردية او خليفية او
نكسرية ام لم يبينها فيحتمل ان يكون معنى قوله وبينها اي بين قدر المال بان ادعى مائة دينار او
لم يبين قدر الدينار ولم يذكر المائة في دعواه لان صورة المسئلة في اصل رواية الجامع
الصغير رجل لازم رجلا فادعى عليه مائة دينار او لزمه ولم يدع عليه المائة دينار فقال له
رجل دعه فانا كفيل بنفسه الى غد فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار فرضي به فلم يواف
به قال عليه المائة دينار في الوجهين جميعا اذا ادعى صاحب الحق انها له **قوله** على ما لا
مطلقا لمحمد حيث قال فان لم اوافك به غدا فعلي مائة دينار ولم يقل فعلى المائة التي لك
عليه قال الشيخ الامام ابو منصور الماتريدي رح لما قال عليه مائة دينار ولم يضف الكفالة
الى ما عليه انه التزم مالا ابتداء فيكون رشوة ويحتمل انه اراد ما على الاصل فلا يكون رشوة
والمال لم يكن لازما فلا يلزم بالشك فعلى هذا الوجه لا تصح الكفالة وان بين المدعى به **قوله**
ولانه لم يصح الدعوى من غير بيان قال ابو الحسن الكرخي رح اذا لم يدع مالا لا يستحق
احضاره الى مجلس القاضي لفساد الدعوى فلم تصح الكفالة بالنفس فلم تصح الكفالة
بالمال لانه بناء عليه فعلى هذا اذا كان المدعى به مجهولا وقت الدعوى تصح الكفالة الى المال المكفول
به **قوله** ولا يجوز الكفالة بالنفس في الحدود عند ابي حنيفة رح معناه لا يجبر عليها في الفوايد
الظهيرية وليس تفسير الجبر هنا الحبس لكن يامر بالملازمة وليس تفسير الملازمة المنع من
الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه اينما دار كيلا يغيب واذا
انتهى الى باب داره واراد الدخول استاذنه الطالب في الدخول فان اذن له يدخل معه

حتى

حتى يمكن وان لم ياذن له في الدخول يجلس على باب داره ويمنعه من الدخول كذا في تفسير الملازمة
في كتاب الحجر ان شاء الله هذا اذا كان حقا للعباد نحو حد القذف وحد السرقة على
قول بعضهم واما الحدود الخالصة لله تعالى كحد الشرب والزنا وحد السرقة على قول بعضهم
فلا يجوز الكفالة بها وان طابت نفسه اما قبل اقامة البينة فلان احدا لم يستحق عليه
حضور مجلس الحكم فلم يكفل بحق واجب على الاصل وبعد اقامة البينة قبل التعديل وما للحبس
يحصل الاستيثاق فلا حاجة الى اخذ الكفيل واما في حد القذف والسرقة فبحضور المدعى عليه
مجلس الحكم تستحق عليه بنفس الدعوى حتى يحول القاضي على الحضور ويحول بينه وبين اشغاله
كما في سائر الحقوق فاذا كفل به كفيل بالنفس جاز **قوله** كما في التعزير اي يجبر المطلوب على
اعطاء الكفيل في الشيء الذي فيه التعزير فان التعزير محض حق العبد يسقط باسقاطه ويثبت
بالشهادة على الشهادة ويحلف عليه فيجبر على اعطاء الكفيل فيه كالاموال وصحت
نفسه اي لو تبرع المدعى عليه باعطاء الكفيل للطالب من غير جبر عليه في حد القذف تصح بالاجماع
قوله ولا يحبس فيها حتى يشهد شاهدان مستوران او شاهد عدل **فان قيل** فيما تفسيره
بان اقامة شاهد عدل بمعنى الاحتياط في الحبس اكثر من اخذ الكفيل **قلنا** الحبس ليس للاحتياط
ولكن لتهمة الدعارة والفساد فيحبس تعزيرا له **قوله** لانه دين مطالب به الا ترى انه مطالب به وبالاداء
للحال ويمنع وجوب الزكوة ويؤخذ من تركته وفي رواية بخلاف الزكوة لانه ليس بدين مطالب به
فليك مال مستبدل حتى لا يؤخذ من تركته فلا يصح الكفالة به وما كان في الاصول الظاهرة ثم قوله
دين مطالب به راجع الى الكفالة وقوله ممكن الاستيفاء راجع الى الرهن اي مطالب به فتصح
الكفالة لان الكفالة تقتضي دينا مطالبا به وممكن الاستيفاء فيصح الرهن لان الرهن يتوثق
لجانب الاستيفاء وانما اورد هنا لان الخراج في حكم الصلات دون الديون المطلقة في حق
حق الشرع كالزكوات فكان ينبغي ان لا تصح الكفالة والرهن ولكن في حكم المطالبة بالايفاء
والحبس فيه بمنزلة الديون فلهذا جوز الكفالة والرهن به والمراد الخراج الموظف **قوله** لان
موجب الالتزام المطالبة ولهذا قلنا ان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل ولما كانت الكفالة لالتزام
المطالبة لم يلزم من وجود الثاني انتفاء الاول لانه قابل للتعدد الا ترى انهما لو كفلا جميعا
بنفسه جاز وكذا اذا تكفلا على التعاقب ثم لو سلم احد الكفيلين بنفس الاصيل حيث هو يجوز
صاحبه وليس هذا كالدين لو تكفل به رجل ثم كفل به آخر فقضاه احدهما فانهما سيان وفي التعاقب
والكفلاء الثلاثة في العقد الواحد اذا سلم الاصيل كان كتسليمهم وقال ابن ابي ليلى اذا كفل
الثاني يبرى الكفيل الاول وهذا بناء على اصله ان الكفيل اذا كفل بالدين يبرأ المطلوب
قوله اذا كان دينا صحيحا الى الدين الذي لا يسقط الا بالاداء او الابراء بخلاف بدل الكتابة
فانه دين ضعيف لانه يثبت مع المنافي فهو الرق ولهذا يستبد المكاتب باسقاطه بل

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

الكفالة بتجهيز نفسه قوله وعلى الكفالة بالدرك اجماع مثل ان يقول للمشتري انا ضامن الثمن ان
استحق المبيع احد واصل الحقوق في الدرك معلوم وقدر ما يلحقه من الدرك مجهول قوله
فصار كما اذا كفل لشجة بان يقول كفلت بما اصابك في هذه الشجة التي تحملت فلان وهي خطأ
يصح بلغت النفس او لم يبلغ ومقدار ما التزمه بهذه الكفالة مجهول لانه لا يدري ماذا يبلغ
من اثر الشجة وهل تسري الى النفس او لا تسري وان كانت عمدا فيما تقلب السراية يجب
القصاص اي شجة كانت فانه تسري بالة جارحة ولا تصح الكفالة في القصاص قوله بخلاف
المالك اذا اختار تضمين احد الغاصبين اي بالقضاء او الرضاء لانه اذا ضمن احدهما
بالرضاء او القضاء نفذ ملك المغصوب منه فلا يملك رجوعه وتمليكه من الآخر وفي
المطالبة بالكفالة لا يتضمن التمليك ما لم يوجد حقيقة الاستيفاء حتى اذا استوفاه من
احدهما صار المضمون وهو الدين ملكا له فلا يكون له مطالبة الآخر وفي الغصب اذا
اختار تضمين احدهما بلا رضاء وقضاء له تضمين الآخر قوله مثل ان يقول ما بايعت
فلانا او ما صار لك على فلان او لم يصر المكفول عنه معلوما لان جهالة تمنع صحة الكفالة تنجيزا
لو قال ما بايعت احدا من الناس فانا له ضامن لا يجوز لان المكفول عنه مجهول و
كذا المكفول عنه ... فاحشة الجهالة وفي الايضاح ولو قال ما غصبك من الناس او
من الناس او من بايعت من الناس وانا له ضامن فهو باطل قوله والاصل فيه قوله
تعالى ولمن جاء به حمل بعير وانا به زعيم فالاية تدل على ان جهالة المكفول به لا تمنع صحة
الكفالة اذ حمل البعير مجهول وعلى ان تعلق الكفالة بالشرط جائز حيث علق الكفالة
بشرط المجيء بالصواع وشريعة من قبلنا تلزمنا اذا قصها الله ورسوله بلا انكار فان قيل
الكفيل من يكون ضامنا عن الغير وهذا القائل كان ضامنا عن نفسه لانه كان مستأجرا
والمستأجر ضامن للاجرة سواء كان اصيلا او وكيلا واذا كان ضامنا للاجرة بحكم العقد
لم يتصور ان يكون كفيلا عن غيره فكان معنى قوله وانا به زعيم انا ضامن للاجرة بحكم
الاجارة لا بحكم الكفالة قلنا الزعيم الكفيل ولا يمكن حمل الاية على الكفالة بان قال
المنادي للعير ان الملك يقول لكم لمن جاء به حمل بعير وانا كفيل به فيكون كفالة عن الملك
لا عن نفسه لان المنادي رسولا من جهة الملك والرسول بالاستيجار يصح ان يكون كفيلا
بالاجر عن المرسل فان قيل يتظهر انتساخه لان الكفالة لا تصح بالمجهول اجماعا والمكفول
له مجهول قلنا فيها امران جواز الكفالة مع جهالة المكفول له وجوازها مضافا الى سبب
وجوب المال فانتساخ الاول لا يدل على انتساخ الثاني والاجماع منعقد على صحة الكفالة
بالدرك وهي مضافة الى سبب الوجوب لا الاستحقاق قوله اذا قدم زيد وهو مكفول عنه
قيد به لانه اذا اضاف الكفالة بقدوم اجنبي ليس بمكفول عنه لا يصح لان قدوم الاجنبي ليس بمنزلة

للتسليم

للتسليم الثمن فيكون تعليقا للكفالة بالشرط المحض وذلك باطل كما لو علقه بدخول الدار ومجيء زيد
باطل فاما الكفالة فصحيحة اذ الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح وغيره قوله وكذا اذا
جعل واحد منهما اي من هبوب الريح ومجيء المطر اجلا بان قال كفلت الى ان يمطر السماء او يهب
الريح الا انه يصح الكفالة اي فيما اذا جعل واحد منهما شرطا واجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا
الحال لان ما جاز تعليقه بالشرط لا تبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق ولانه في المال
تمليك مطالبة بلا عوض ولو كان تمليك مال من غير عوض كالهبة بالشروط لا تفسد فههنا اولى
لم يصدق على كفيله لانه اقرار على الغير فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال رجل لرجل
ما ذاب لك على فلان فهو علي ورهن بذلك الطالب فقال المطلوب لك علي الف درهم وقال
الطالب لك علي الفان وقال الكفيل ما لك علي شيء فالقول قول المطلوب ويلزم هناك
على الكفيل ما اقر به المكفول عنه مع انه لا ولاية له عليه ومع ان قوله ليس بحجة على الكفيل قلنا
قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله ليس هو بالزام على الكفيل بقول المطلوب بل هو ايجاب المال على
الكفيل بكفالته لانه لما قيد الكفالة بالذوب علم ان الذوب يحصل عليه باقراره فصار
ملتزما ذلك بكفالته قوله فان تكفل بامره رجع بما ادى هذا اذا كان الآمر وهو المكفول
عنه ممن يجوز اقراره على نفسه بالديون حتى ان المكفول عنه اذا كان صبيا محجورا وامر
رجلا بان يتكفل عنه فتكفل وادى لا يرجع على الصبي اصلا وكذا العبد المحجور اذا امر رجلا بان
يتكفل عنه فتكفل وادى لا يرجع عليه ولذا كفل عن الصبي المأذون بامره وادى كان له ان يرجع
ذلك عليه قوله اما اذا ادى ... بان تكفل عن رجل بالف درهم جياد واعطى الطالب زيوفا
رجع بمثل ما ضمن على الاصيل لانه ملك الدين بالاداء كما اذا ملك بالهبة بان وهب المكفول
له ما على المطلوب للكفيل وهبة الدين من غير من عليه الدين يصح اذا سلط عليه في الجملة او
لجعل ذلك نقلا للدين ثم مقتضى الهبة لم يتصير هبة الدين ممن عليه الدين وهو ممكن لانه
لو لا نقل الدين اليه بالحوالة ... رب الدين عليه فثبت ذلك بمقتضى نص فيهما قوله او بالاداء
بان مات الطالب فورثه منه وكذا اذا ملكه المحتال عليه بما ذكرنا من الاسباب ذلك
بان احال على انسان ولم يكن على المحتال عليه دين فادى المحتال عليه دنانير معوضا
عن دراهم الدين او وهبه المحتال له الدين او تصدق عليه او مات فورثه منه فانه يرجع في ذلك
كله على المحيل بالدين لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فيرجع على المحيل بما في ذمته قوله
بخلاف المأمور باداء الدين حيث يرجع بما ادى لانه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء بل كان
مقرضا فيرجع بما ادى حتى لو كان المؤدى مثل المأمور بان ادى ... زيوفا
دينه وهو جياد فادى زيوفا تجوز بها من له الدراهم يرجع المأمور بالزيوف على الآمر
ولو امره بقضاء دينه وهو زيوف فادى الجياد يرجع بالزيوف ايضا لان الرجوع هناك

Copyright © King Saud University

بحكم الامر بالقدا فلا يعتبر اعتبار الامر والاداء ففي الفصل الثاني لم يوجد الامر في حق الزيادة
في الفصل الاول ان وجد الامر لم يوجد الاداء كذا ذكر في الذخيرة **قوله** وبخلاف ما اذا
صالح الكفيل الطالب عن الالف على خمسمائة اي هناك يرجع على المكفول عنه بما ادى
هو خمسمائة درهم لا بما ضمن وهو الف درهم لان الصلح على اقل من جنس حقه ابراء الكفيل
فيما وراء بدل الصلح والابراء اسقاط فلا يرجع بالساقط بخلاف الهبة وانما قيد بقوله
على خمسمائة دراهم احترازا عما لو صالح على جنس آخر من الثياب والعروض فان في ذلك
يرجع على المكفول عنه بجميع الالف التي كفل على ما يجيء بعد هذا ان شاء الله **قوله** وليس للكفيل
ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه وفرق بين هذا وبين الوكيل بالشراء فان
له ان يطالب الوكيل الموكل بالثمن قبل ان يؤدي والفرق ان الكفيل لم يثبت له المطالبة
وانما يتملك الدين بالاداء وقبل الاداء لا يملك فلا يرجع عليه واما في باب الشراء
فالوكيل مع الموكل بمنزلة البائع من المشتري حتى لو اختلفا في مقدار الثمن يتحالفان
وللوكيل ولاية حبس المشترى من الموكل لاجل الثمن وكان الوكيل بالشراء بمنزلة البائع
فاذا كان الوكيل اشترى شيئا وقبضه ولم يدفع الثمن وباع من غيره فللمشتري الاول
ان يطالب الثمن من المشتري الثاني قبل ان ينقد هو الثمن الى البائع الاول **قوله**
لان الدين عليه في الصحيح احترازا عما قال بعضهم بوجوب اصل الدين في ذمة الكفيل **قوله**
لان عليه المطالبة اي على الكفيل المطالبة دون الدين عندنا وهي تابعة للدين وكان من
ضرورة سقوط الدين سقوط المطالبة اذ المطالبة بالدين ولا دين محال فلزم من
ابراء الاصل براءة الكفيل وليس من ضرورة سقوط المطالبة وهي فرع الدين سقوط
الاصل وهو الدين ولا يلزم جعل التبع اصلا والاصل تبعا فلم يلزم من ابراء الكفيل
ابراء الاصل **قوله** وكذا اذا اخر الطالب لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد
للكفيل لا يرتد برده والابراء الموقت يرتد برده ويكون الدين عليه حالا لان الابراء
المؤبد اسقاط في حقه والاسقاط لا يرتد بالرد واما الابراء الموقت فهو تاخير مطالبة
وليس باسقاط الا ترى ان المطالبة تعود بعد الاجل والتاخير قابل للابطال بخلاف
الاسقاط المحض **قوله** اما ههنا بخلافه لان تاخير الكفيل بعدما كفل حالا تاخير
المطالبة عن الكفيل اذ الملتزم بالكفالة المطالبة فكان تاخيرا للملتزم فلا يثبت التاخير
في حق الدين لان الدين لم يذكر في معرض التاجيل واما في هذه المسئلة ذكر الدين في
معرض التاجيل ووجبت المطالبة عليه ابتداء موجلة وان يكون عليه موجلا ابتداء الا انه
ثبت تاجيل في حق الاصل لانه حال وجود الكفالة لا حق يقبل الاجل الا الدين
فتاجل في حقهما **قوله** فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسمائة الى آخر المسئلة

على اربعة اوجه ان شرطا براءتهما في الصلح برئا جميعا عن خمسمائة لا غير وان لم يشترطا فان شرطا
براءة المطلوب فكذلك برئا جميعا وان شرطا براءة الكفيل لا غير برئ الكفيل عن خمسمائة
ولم يزد على هذا وهي مسئلة الكتاب برئا جميعا لان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على
الاصل فاوجب براءة الكفيل ضرورة ويرجع الكفيل على الاصل بخمسمائة ان كانت الكفالة
بامره لانه اوفى بهذا العقد بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فيملكه فيرجع بجميع
الالف **قوله** ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة اي بما وجب بالكفالة وهي المطالبة صورته
ما ذكر في المبسوط انه لو صالحه على مائة درهم على ان ابراء الكفيل خاصة يرجع الكفيل على الاصل
بمائة ويرجع الطالب على الاصيل بتسعمائة لان ابراء الكفيل يكون فسخا للكفالة ولا يكون
اسقاطا لاصل الدين **قوله** برئت الي دفعت فهو براءة الكفيل لا يكون الا بالايفاء وذلك لان
قوله برئت يحتمل البراءة بالقبض ويحتمل البراءة بالابراء فيعتبر بتيقنا **قوله** لحصول البراءة
بابعد الامرين كان وشككنا في الاداء فلا يثبت الاداء بالشك وفرق محمد بين هذا وبين
ما اذا كتب الطالب صكا وذكر فيه برئ الكفيل من الدراهم التي كفل بها فانه يكون اقرارا بالقبض
عندهم جميعا والفرق وهو ان العرف بين الناس ان الصك يكتب على الطالب بالبراءة اذا
حصلت البراءة بالايفاء وان حصلت بالابراء لا يكتب الصك عليه فجعلت الكتابة اقرارا بالقبض
عرفا **قوله** لما فيه من معنى التمليك وهذا على قول من يقول يثبت الدين على الكفيل واما
كذا على قول غيره لان فيها تمليك المطالبة وهي كالدين لانها وسيلة اليه والتمليكات لا تقبل
التعليق بالشرط **قوله** لان العقوبة لا يجري فيها النيابة لانه لا يحصل المقصود بها وهو
الزجر وان تكفل عن البائع بالمبيع على معنى انه لو هلك يغرم بدله لم يصح **قوله** لانه عين
مضمون بغيره وهو الثمن وهذا لانه لو هلك المبيع قبل القبض في يد البائع لا يجب على البائع
الا سقوط حقه في الثمن واذا كان المبيع مضمونا على البائع لسقوط حقه في الثمن لا
لا يمكن تحقيق معنى الكفالة اذ هي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة فلا يتحقق الضم بين
المختلفين لان ما يثبت على الاصيل وهو سقوط حقه في الثمن لا يمكن اثباته في حق
الكفيل وما امكن اثباته على الكفيل من كونه مضمونا عليه بالقيمة لا يمكن اثباته على الاصيل
بخلاف الكفالة بتسليم المبيع حيث يصح لتحقق معنى الضم فيها فنظير الكفالة بالمبيع الكفالة
ببدل الكتابة حيث لا يمكن الايجاب على الكفيل مثل ما اوجب على الاصيل وفي التحفة الكفالة
بامانة غير واجبة التسليم كالوديعة ومال المضاربة والشركة لا تصح اصلا والكفالة
بامانة واجبة التسليم كالعارية والعين المضمونة بغيره كالمبيع والمرهون تصح الكفالة
بتسليم العين ومعنى هلك لا يجب شيء وفي الايضاح اما العارية نفسها غير مضمونة
تسليمها مضمون فان ضمن التسليم جاز وفي الذخيرة الكفالة بتمكين المودع من الاخذ

Copyright © King Saud University

الكفالة صحيحة قوله خلافا للشافعي رحمه الله لكن بالاعيان المضمونة بنفسها اي بقيمتها وقال الشافعي رحمه الله لا يصح
بالاعيان المضمونة والكلام فيه راجع الى الاصل الذي ذكرنا ان عند الخصم موجب الكفالة
التزام اصل الدين في الذمة فكان محل الكفالة الدين لا الاعيان ولان من شرط صحة الكفالة
ان يكون الكفيل قادرا على الايفاء من عنده وهذا يتصور في الدين ونحن نقول ان الكفالة
ضم الذمة الى الذمة في التزام ما كان مضمونا على الاصيل ورد العين مضمون على الاصيل
فصح الالتزام من الكفيل قوله ولو كفل بتسليم المبيع قبل القبض اي بعد دفع الثمن الى
البايع او بتسليم الرهن بعد القبض اي كفل بتسليم الرهن عن المرتهن الى الراهن بعد
ما استوفى المرتهن الدين وفي الذخيرة والكفالة عن المرتهن للراهن لا تصح سواء
حصلت الكفالة بعين الرهن او برده حتى يقضي الدين وفي الايضاح وان كفل كفيل
بتسليم الرهن الى الراهن جاز لانه مستحق على المرتهن رده اذا اقتضى الدين فان هلك
سقط الضمان قوله فهو باطل لما بينا اشارة الى قوله لانه عاجز عنه ولانه لا ولاية له في
الحمل قوله ولم يشترط في بعض النسخ الاجارة اي في بعض نسخ كفالة المبسوط لانه ذكر
هذه المسئلة في الباب الاول من كفالة المبسوط وقال بعد ما ذكر قولهما وهو قول
ابي يوسف رحمه الله الاول ثم رجع وقال هو جائز وان لم يكن الطالب حاضرا ثم قال في موضع
آخر من هذا الكتاب يقول هو موقوف عند ابي يوسف رحمه الله في قوله الآخر حتى اذا بلغه
الطالب فقبل جاز كذا في النهاية وذكر العلامة النسفي رحمه الله في الكافي اختلفوا على قوله
فقيل عنده يصح بوصف التوقف حتى لو رضي به الطالب نفذ والا بطل وقيل جائز عنده
بوصف النفاذ ورضي الطالب ليس بشرط عنده وهو الاصح لانه تصرف التزام من الكفيل
ولا التزام فيه على الغير فيتم بالملتزم وحده كالاقرار ولهذا يصح مع الجهالة ومن جعل
الخلاف في التوقف جعله فرعا للفضولي في النكاح اذا تزوج امراة وليس عنها قابل
يتوقف عنده على اجازتها فيما وراء المجلس كما نجعل قوله كفلت لفلان عن فلان بكذا
عقدا تاما لكنه تصرف على الغير فيتوقف على رضاه وعندهما لا يتوقف لانه يبطل العقد — شطر
فلا يتوقف على ما وراء المجلس لانه عقد تمليك على معنى ان المطالبة لم يكن مملوكة له
ملكها بعقد الكفالة والتمليك يقوم بالشطرين فكان كلام الواحد شطر العقد وشطر
العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس قوله الا في مسئلة واحدة استثناء من قوله بقبول
المكفول له في مجلس العقد اي تصح الكفالة بدون قبول المكفول له عندهما لكن هو جواب
الاستحسان واما في جواب القياس فلا يجوز على قولهما في هذه المسئلة ايضا لان الطالب
غير حاضر فلا يتم الضمان الا بقبوله ولان الصحيح لو قال هذه لورثته او لغرمائه لم يصح اذا
تكلم هنا قوله لان ذلك وصية في الحقيقة اي فيه معنى الوصية ولهذا يصح وان لم يسم

المكفول

المكفول لهم ولا الدين ولهذا قالوا انما يصح اذا كان له مال الا ان يكون ذلك وصية من كل وجه لا
لو كان ذلك وصية لما اختلف الحكم بين حالة الصحة وحالة المرض وجه الاستحسان ان حق
الغرماء والورثة يتعلق بتركة المريض في مرضه على ان يتم ذلك لورثته ويتوجه المطالبة على الورثة
بقضاء ديونهم من التركة بمقام المطلوب في هذا الخطاب لورثته بمقام الطالب ونايبه
لانه يقصد به النظر لنفسه حتى يفرغ ذمته بقضاء الدين من تركته او يقال انه اي لان
المريض قايم مقام الطالب لحاجة الحال فيقوم مقام الطالب في تفريغ ذمته وفيه نفع للطالب
ايضا وهو وصول حقه اليه فصار كما اذا حضر الطالب قال للوارث تكفل عن ابيك
لي قوله ولا يشترط القبول الى قبول المريض لانه يراد به التحقيق دون المساومة هذا جواب
سوال مقدر وهو ان يقال لما قام المريض مقام الطالب ينبغي ان يكون قبول المريض شرطا كما
يشترط قبول الطالب في مثل هذا لما ان الكفالة لا تصح بدون قبول المكفول له كما لو قال المشتري
لرجل بعني فقال البايع بعت لم يتم البيع حتى يقول المشتري اشتريت ولا يقوم قوله بعني مكان قوله
اشتريت فاجاب ان الظاهر من حال المريض ان يريد به التحقيق دون المساومة فكان قوله
تكفل بمنزلة قوله قبلت الكفالة وكان هذا نظير قول الرجل لامراة زوجيني نفسك فقالت المرأة
زوجتك كان هذا بمنزلة قولها زوجت وقبلت قوله ولو قال المريض ذلك لاجنبي فضمن
الاجنبي دينه اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا يصح هذا الضمان لان الاجنبي غير مطالب
بقضاء دينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقال بعضهم يصح هذا
الضمان لان المريض يقصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى الدين بامره يرجع به في تركته
فيصح هذا من المريض على ان يجعل نايبا مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف
الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس قوله ولم يوجد المسقط لان
الدين كان واجبا عليه في حيوته فلا يسقط الا بالايفاء او الابراء او بانفساخ سبب
الوجوب وبالموت لا يتحقق شيء من ذلك فلهذا يؤاخذ به في الآخرة ولو تبرع انسان
بقضائه جاز التبرع عن الميت ولو برئ لما حل لصاحبه الاخذ من المتبرع ولو كان بالدين
كفيل بقي على كفالته ولو سقط الدين بالموت لسقط عن الكفيل لان سقوط الدين عن
الاصيل يوجب براءة الكفيل قوله في حق احكام الآخرة اي في حق الاثم قوله كفل بدين ساقط
لان الدين هو الفعل يعني ان شرط الكفالة بالدين بقاؤه في ذمة الاصيل والدين ههنا غير
ثابت وهذا لان الدين عبارة عن فعل واجب في الذمة اعني فعل تمليك المال او تسليمه
الا انه يوصف بالوجوب فقال دين واجب والوجوب صفة الفعل حقيقة لا الاعيان اذ
الوجوب عبارة عن اختصاص الفعل بوجه يقتضي استحقاق الذم والاثم على الاخلال
وهذا انما يتصور في الافعال دون الاعيان لا يدخل تحت تحصيل العباد فلا يتصور

Copyright © King Saud University

الاخلال بتحصيلها منهم ولا يعقل هنا الوصف بالوجوب سوى ابقاء المال او تمليكه واذا ثبت ان
الدين عبارة عن الفعل وانه يفتقر الى القدرة لان وجوبه بدونها تكليف العاجز ولا قدرة
هنا اما بنفسه فظاهر وكذا بخلفه لانه لم يترك عنه كفيلا والوارث لا يؤمر بقضاء الدين عند
موت المورث مفلسا وكان ما جزا اصلا فيسقط الدين ولا يقال لو كان الدين هو الفعل
لما صح قولنا اوفى الدين لان معناه ح اوفى الايفاء لانا نقول المراد انه اتى بهذا الفعل اوفى
هو تمليك المال او تسليمه **فان قيل** المال يوصف بالوجوب ايضا يقال يجب على فلان القدر من
ثمن مبيع او ضمان استهلاك **قلنا** يوصف به مجازا باعتبار انه محل الواجب كالموهوب
يسمى هبة **فان قيل** الدين يورث وينعقد نصابا للزكوة ويجوز الشراء به وهبته ممن عليه
وهذه احكام الاموال دون الافعال وكذا المسلم فيه دين في الذمة والسلم يكون في الاموال
دون الافعال وكذا الدين المؤجل واجب وكذا الدين على المقضي عليه بالافلاس والعبد
المحجور وان لم يجب الفعل فيكون الدين عبارة عن المال المقدر في الذمة حكما ولا يسقط
بالموت كالمال الحقيقي الموضوع في البيت **قلنا** الدين عبارة عن الفعل الا ان الشرع
اجرى عليه حكم الاموال لانعقاده نصابا والارث وجواز الشراء لكونه وسيلة الى المال
والمشرع هذه الولاية وكذا المسلم فيه نعطيه حكم الاموال وهذا يكفي لجواز السلم فيه
اما المقضي عليه بالافلاس واخواته قلنا الفعل واجب على ما هو حقيقة الوجوب لما ذكرنا ان
الوجوب عبارة عن كون الفعل بحالة تقتضي تلك الحالة استحقاق العقاب على تقدير
الاخلال به فثبت اصل الوجوب ثابت وهو التكليف بالاداء للحال وان كان ثمة مانع
استحقاق العقاب يثبت اصل الوجوب متقاعدا عنه اثره وهو التكليف بالاداء اما الامر
م **قوله** والتبرع لا يعتمد قيام الدين اي في حق المكفول عنه بل يعتمد قيامه في حق الكفيل
ولهذا لو اقر رجل ان لفلان على فلان كذا وانا كفيل بذلك المال يصح الكفالة وعليه
اداء الدين **قوله** فخلفه اذ الافضاء الى الاداء باق اي ما كان بكفيل فخلفه باق واذا كان
له مال فما يفضي الى الاداء باق لانه يستوفى من المال فيجعل باقيا في حق احكام الدنيا
واذا تبرع به غيره صح لان صحة تمليك المال لا يتعلق بوجوب الدين على ان صحة التبرع بناء
على ان الدين باق في حق صاحب الدين لانه سقط عن المديون للضرورة فيتقدر بقدرها
فيظهر في حق من عليه دون من له **قوله** لكن يحمل ذكره الى الساعي ولكن اشتراه ثانيا
شرط الخيار ثم نقد الثمن قبل مضي الخيار ثم اراد ان يسترد قبل نقض البيع لا يملك ذلك
لان الدفع كان لغرض وهو ان يصير زكوة معجلة عند مضي الحول وسقوط الخيار
فما بقي ذلك الاحتمال ليس له ان يسترده **قوله** ولانه ملكه بالقبض على ما ذكر وهو ما
ذكر بعد هذا بخطين بقوله اما اذا قضى الدين فظاهر آه هذا اذا دفع المطلوب المال الى

الكفيل

امره
الكفيل على وجه القضاء بان قال له اني اخاف ان ياخذ منك الطالب حقه فانا اقضيك المال
قبل ان تؤدي **قوله** بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال المطلوب للكفيل خذ
هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو امانة في يده لكن لا
يكون للمطلوب ان يسترده من الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب فالمطلوب بالاسترداد
يريد ابطال ذلك فلا يقدر عليه كذا في الكافي لكن ذكر في كتاب الكفالة من الكبرى
قال الحسن بن زياد قال ابو الليث رح هذا اذا دفعه الى الكفيل على وجه القضاء اما اذا
دفعه على وجه الرسالة فله الاسترداد قال نجم الائمة الحكيمي رح والمراد بدفعه الاشارة في باب
الكفالة بالمال من الاصل فانه قال الكفيل يكون امينا **قوله** نزل منزلة الدين المؤجل
لهذا قلنا ان المكفول عنه اذا رهن عينا عند الكفيل بذلك الدين يصح ولا رهن الا بالدين
ولو باع الكفيل للاصيل قبل الاداء الى الطالب من الدين او وهب له يصح حتى لا يرجع
على الاصيل بعد الاداء **قوله** الا ان فيه نوع خبث اي على قول ابي حنيفة رح بنفسه وهو قوله
في تعليل قول ابي حنيفة رح ولانه يمكن الخبث مع الملك اما لانه يستفيد من الاسترداد **قوله** لكنه
استحباب لانه لو كان الملك صحيحا من كل وجه لا يؤمر بالتصدق والرد لا ايجابا ولا استحبابا
ولو انعدم الملك اصلا كان البيع خبيثا فاذا كان صحيحا من وجه فاسدا من وجه امرناه
بالتصدق او بالرد على المالك استحبابا لا ايجابا توفيرا على الشبهين حظهما فاذا رده
الى المالك ان كان فقيرا طاب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه ان يطيب له لانه انه
ما رد عليه لانه حقه واما اذا اعطاه على وجه الرسالة يتصرف فيه الوكيل وربح لم يطب
له الربح عند ابي حنيفة ومحمد رح وطاب له عند ابي يوسف له لما عرف **قوله** ومعناه الا
بيع العينة اي النسيئة والعينة السلف يقال باعه بعينة اي نسيئة كذا في المغرب اي
معنى فعله يتبين عليه ثوبا اشترى ثوبا بعينه ثم بعه بالنقد باقل منه وانقد دينه **قوله**
مثل ان يستقرض من تاجر عشرة هذه صورة بيع العينة فيقول لا ابيعك هذا الثوب
وقيمته عشرة باثني عشرة فتبيعه في السوق بعشرة ليحصل الحاجة درهمان وفيه صورة اخرى
وهي ان يدخل المستقرض والمقرض بينهما ثالثا في هذه الصورة فيبيع صاحب الثوب
باثني عشر من المستقرض ثم المستقرض يبيعه من الثالث بعشرة ويسلم الثوب اليه ثم يبيع
الثالث الثوب من المقرض بعشرة ويدفعها الى المستقرض فيندفع حاجته وانما لاخلا بينهما
ثالثا لتحرزا عن شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن بيع العينة مكروه ذميم اخترعه
اكلة الربوا وقد ذمهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك فقال اذا تبايعتم بالعين واتبعتم
اذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم وقيل اياكم والعينة فانها لعينة **قوله** ثم قيل هو ضامن
لما يخسر المشتري نظرا الى قوله على ومعنى الضمان هنا ان يقول البائع للضامن اشتر مني ثوبا

Copyright © King Saud University

لتبيعه في السوق فيقضي ثمنه الدين فان امكنك ان تبيع الثوب بمثل ما اشتريته فيها ونعمت وان
لم يمكن ذلك الا بالخسران فذلك على غير ان هذا الضمان بطلان الضمان انما يصح بما هو مضمون
على غيره وخسران درهمين غير مضمون على احد فبطل ضمانه لكن يقول للآخر بايع في هذا السوق
على ان كل وضيعة وخسران يصيبك فانا الضامن **قوله** وقيل هو توكيل لانه اخرج الكلام مخرج
الوكالة ولهذا ذكر في بعض النسخ تعين الحرير مكان على لكن التوكيل لا يصح للجهالة اذ لم
يبين نوع الحرير ولا مقدار الثمن لان بيع العينة لا يكون الا بازيد من قيمة السلعة وتلك
الزيادة مجهولة وان كان الدين معلوما وقدر الدين مع تلك الزيادة ثمن السلعة فيكون
الثمن مجهولا **قوله** او ما القضى به عطف على قوله ما يقضى به **قوله** وهذا ماض اي قوله ما
ذاب له او قضي له ماض اريد به المستقبل كقوله اطال الله بقاءك اي المكفول به ما يقضى به له
على الاصيل بعد الكفالة والمدعي في دعواه ان له على المكفول عنه الف درهم لم يتعرض ان القاضي
قضى به بعد الكفالة وليس من ضرورة كون الالف على الاصيل ان يكون ذاب عليه ولزمه بعد
الكفالة ولهذا لو اقر الكفيل على الاصيل بمال للطالب لم يلزمه الا اذا حضر الاصيل وقضي عليه
ثم يلزم الكفيل وقيل ذلك كانت بينة على الغائب والبينة على الغائب لا يقبل حتى لو قال ظهر القاضي
اي ونبت المطلوب بعد الكفالة الى فلان القاضي واقام البينة عليه بالف وقضى له بذلك
عليه فحينئذ كفيلا بذلك صحت الدعوى حتى لو انكر الكفيل فاقام الطالب البينة عليه بذلك ٥
قضى القاضي على الكفيل والغائب لانه ثبت الوصف حتى لو اقر لزمه **قوله** وانما يقبل اي البينة
من المدعي في هذه المسئلة وهي ما اذا اقام البينة ان له على فلان كذا وان هذا كفل عنه
بامره لان المكفول به مال مطلق **قوله** بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كفل عن رجل بما ذاب له
او بما قضي له فكان المكفول به مالا موصوفا بكونه مقضيا به على المكفول عنه بعد الكفالة
فما لم يقتض المال على المكفول بتلك الصفة لا يجب على الكفيل وكان دعوى المدعي هناك
غير متعرض لهذا المال الموصوف على المكفول عنه فلذلك لم يقبل واما ههنا ادعى المدعي على الكفيل
الكفالة بمال مطلق غير موصوف بانه يقضي به على المكفول عنه فاقام البينة على وفق دعواه
فلذلك يقضي به على الكفيل **قوله** وانما يختلف بالامر وعدمه اي فيما اذا كان بالامر يقضى به على
على الاصيل ايضا وفيما اذا كان بغير امره يقضي به على الكفيل خاصة لان الكفالة بامره تبرع ابتداء
ومعاوضة انتهاء وبغير امره تبرع محض اذ لا رجوع فيه فاذا ادعى بامره يصح القضاء بعقد
امره وذلك غير مشهود به ومن ضرورة القضاء بالامر التعدي الى الغائب والا لا يكون معاوضة
فلان امر الاصيل الكفيل بالكفالة اقرار منه بالمال فيصير مقضيا عليه ضرورة واذا كانت
الكفالة بغير امره فليس من ضرورة صحتها التعدي الى الغائب لانها لا تمس جانب المكفول عنه
لان صحتها بعينه بقيام الدين في زعم الكفيل ولو قال كفلت لك عن فلان بكل ما لك عليه وما كان لك

عليه الف

عليه الف درهم وبرهن على المال والكفالة قضي عليه وعلى الغائب ادعى الامر او لا اذا كان بامره يرجع
وكالا والفرق بين هذا وبين ما اذا قال ان لي على فلان كذا وهذا كفل عنه واقام البينة يقضي
على الكفيل خاصة ان قوله كفلت لك عن فلان بالف درهم لك عليه اقرار بوجوبه من جهة الكفيل
وذا كان لصحته فلا يحتاج الى القضاء على الاصيل كان العقد يحتمله فصار تقديره لك بمال لك
عليه وان كان لك عليه شيء فاذا صار معلقا صار القضاء بالمال على الاصيل شرطا لوجوب المال
على الكفيل مقتضاه عليه بشرطه وذلك في الكفالة المبهمة لما لم يمكن اثبات شيء على الكفيل الا
باثباته على الاصيل انتصب الحاضر خصما عنه وامكن اثبات المال على الكفيل بما اذا كانت الكفالة بالمال
مقيدة فاقتصر على الكفيل قال رضي الله عنه وهذا طريق من اراد باثبات الدين على الغائب من غير
ان يكون بين الكفيل وبين الغائب اتصال وكذا كل من ادعى على آخر حقا لا يثبت عليه الا بالقضاء على
الغائب كان الحاضر خصما عن الغائب الا ترى ان من قذف رجلا فادعى المقذوف الحد فقال القاذف
في نزعه وهو عبد فاقام المقذوف عليه البينة انه كان عبد فلان وقد اعتقه وقضى بعتقه لانه
ادعى لنفسه حقا ولا يتوصل الى اثباته الا باثبات العتق فصار القاذف خصما عن الغائب
فصار القضاء عليه قضاء على الغائب **قوله** ونحن نقول صار مكذبا شرعا هذا لمن اشترى
شيئا واقر ان البائع باع ملك نفسه ثم جاء انسان واستحقه بالبينة لا يبطل حقه في الرجوع على
البائع بالثمن لانه صار مكذبا شرعا والفرق لمحمد بين هذا وبين ما اذا اشترى عبدا ثم باعه
ورد عليه بعيب بالبينة بعد ما انكر العيب واراد ان يرده على بائعه لم يكن له ذلك مع ان القاضي
لما قضى عليه بالرد فقد كذبه في زعمه **قوله** ان قوله لا عيب به نفي العيب في الحال والماضي والقائم
الماكلة في قيام العيب عند البيع الثاني دون الاول لان قيام العيب عند البيع الاول ليس بشرط
للرد على الثاني **قوله** وكفل عن رجل بالدرك فهو تسليم ضمان الدرك عبارة عن قبول رد الثمن
عند استحقاق المبيع ومعنى قوله فهو تسليم اي تسليم وتصديق من الكفيل بان الدار ملك البائع
حتى لا يسمع دعواه الدار لنفسه بعد ذلك لان الكفالة اذا شرطت في البيع يتوقف جواز البيع
على قبول الكفيل في المجلس واذا قبل في المجلس حتى يلزم البيع كان الكفيل بهذه الدعوى ساعيا في ٥
نقض ما اوجبه من جهته ومن سعى في نقض ما اوجبه فسعيه في الحقوق العباد **قوله** ولو شهد
وختم اي كتب شهادته في صك الشراء وختم على الصك ثم ادعى الشاهد بعد ذلك ان
الدار له يسمع دعواه ولا يكون كتابة الشهادة على الصك وختمه تسليما واقرارا بان المبيع ملك
البائع لان البيع كما يوجد من المالك يوجد من غيره ولعله انما كتب شهادته ليحفظ
الحادثة الا ترى ان في هذا العقد ضررا وفائدة او نفعا او ضرر فالشهادة لا تكون مشروطة
في البيع ايضا بخلاف الكفالة حتى لو شهد عند القاضي بالبيع وقضى بشهادته او لم يقض حتى ادعى
بعده لا يسمع دعواه لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار بصحة البيع باتفاق الروايات لا

[illegible]

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

العاقل يقصد بقوله الصحة والجواز فيصير دعوى الملك لنفسه بعد ذلك تناقضا والتناقض يمنع صحة
الدعوى واما كتابة الشهادة في الصك لا يتعلق بها حكم من الاحكام بل هي مجرد اخبار بالبيع ولو
اخبر ان فلانا باع هذا العبد ثم ادعاه بعد لنفسه يصح دعواه قال صاحب المختار ان الجواب
المذكور في كتابة الشهادة محمول على ما اذا كتب شهد فلان البيع والشراء او كتب جرى البيع بشهدي
او كتب اقر بالبيع والشراء عندي اما اذا كتب في الشهادة ما يوجب صحة البيع ونفاذه بان كان في
صك البيع باع فلان كذا وهو يملكه او باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فلا يصح دعواه
بعد ذلك وبمعنى كان في الصك باع فلان كذا او اقر انه باع ملكه والشاهد كتب شهد بذلك يصح
دعواه **قوله** وختم اشارة الى العرف زمانهم فان الرجل اذا كتب شهادته في صك الشراء يختم في
آخره حتى يكون ذلك علامة لكتابته وصيانة عن التغيير والتبديل ولم يبق ذلك العرف في زماننا
والحكم لا يتفاوت بين ان يكون فيه ختم ام لا **باب** في الضمان قال ومن باع لرجل ثوبا وضمن له
الثمن يعني الوكيل باع ثوبا وضمن الثمن للموكل عن المشتري **قوله** ولو صح الضمان مع الشركة يصير
ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه وفي الفوائد الظهيرية لا
معنى لهذا الترديد لان الضمان مضاف الى نصيب شريكه فكيف يصح شائعا ولا معنى للقول بانه
فيه قسمة الدين قبل القبض لانعقاد الاجماع على ان احدهما لو اشترى بنصيبه من الدين يجوز وليس
فيه معنى قسمة الدين وكذا اذا ضمن احدهما نصيب شريكه ولكن التعويل على ما قيل انه لو صح الضمان
فاذا يؤديه الضامن يكون مشتركا بينه وبين المضمون له فكان له ان يرجع بنصفه على الشريك
لان ما يستحق بنصيب احدهما ان يشاركه فيه فاذا رجع بطل حكم الاداء في مقدار ما وقع الرجوع
فيه فيصير كانه ما ادى الا الباقي ثم وثم الى ان لا يبقى شيء وهذا معنى قول صاحب المختار ان في
تجويز هذا الضمان ابتداء ابطاله انتهاء **قوله** بخلاف ما اذا باعا بصفقتين بان باع كل واحد
منهما صفقة بعقد على حدة ثم ضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن صح الضمان لان الصفقة
اذا تعددت وجب لكل واحد منهما بعقده يكون له خاصة بلا شركة الا ترى ان المشتري ان يقبل
نصيب احدهما **قوله** وان قبل الكل اي للمشتري ان يقبض نصيب احدهما اذا نقد حصته من الثمن
ان قبل الكل فذكر الامام المحبوبي وان كان البيع صفقتين بان سميا لكل نصيب ثمنا صح ضمانا
لانه لا شركة بينهما الا ترى ان المشتري لو قبل نصيب احدهما ورد الاخر يصح ولو قبل الكل ثم
نقد حصة احدهما ملك ان يقبض نصيبه بخلاف الاول **قوله** واما الخراج فقد ذكرنا وهو نوع
الرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ويمكن الاستيفاء ثم قيل المراد من الخراج
الذي يصح الكفالة به الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة
على مال على مالك الارض لا المقاسمة وهي التي يقسم الامام ما يخرج من الارض فانها غير
واجبة في الذمة فلم يكن في معنى الدين وفي الفوائد الظهيرية اما الخراج فلانه دين كسائر الديون

من حيث انه يطالب به من عليه ويحبس ثم قال كانه اراد به الخراج الموظف **قوله** وهو يخالف الزكوة
اي الخراج يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا يؤدى بعد موته من تركته الا بوصية وهذا لان
الواجب في الزكوة فعل هو عبادة والمال محل لاقامة ذلك الواجب ثم المال غير مضمون حتى لو هلك
لا يضمن شيئا والكفالة لا تصح بالعبادة ولا باعيان غير مضمونة بخلاف الخراج لانه يجب حقا
للعاملة بدلا عن الذب عن حريم الدين والمحاماة عن بيضة الاسلام وكان بمنزلة الاجرة والكفالة
بالاجرة صحيحة فكذلك بالخراج **قوله** واما النوائب فان اريد بها ما يكون بحق ككرى الانهار
المشتركة للعامة ونقض القاضي بكرى نهر مشترك بينه وبين غيره شركة خاصة فابى واحد منهم
من الكرى والنفق شريكه بامر القاضي يصير حصة الآبي دينا في ذمته فتصح الكفالة بها لانه
كفل بما هو مضمون على الاصل وكذا اجرة الحارس بين قوم مضمونة فتصح الكفالة بها وكذا
ما وظف الامام على الناس عند الحاجة الى تجهيز الجيش لقتال المشركين وقد خلا بيت المال
عن المال واحتاج الى فداء اسارى المشركين فوظف على الناس بها لا لاجل ذلك فهو واجب
مضمون فيصح الكفالة وان اريد بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا اختلف المشايخ رح قال
بعضهم لا تصح الكفالة بها لان الكفالة لالتزام المطالبة بما على الاصل شرعا ولا شيء هنا على
الاصل شرعا فلا تصح الكفالة وقال بعضهم منهم فخر الاسلام علي البزدوي رح تصح الكفالة بها
لانها في حق توجه المطالبة فوق سائر الديون والعبرة في باب الكفالة للمطالبة بها لانها شرعت
لالتزامها ولهذا قلنا ان من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يوجر وان كان
الاخذ في الاخذ ظالما ولهذا قلنا ان من تضي نائبة غيره بامره يرجع عليه وان لم يشترط
الرجوع كالوقضى دين غيره بامره **قوله** واما القسمة والنوائب بعينها فيكون الرواية بالواو
او حصة منها فيكون ح بين القسمة والنوائب مغايرة والرواية بالواو قيل هي النائبة الموظفة
الراتبة وهي المقاطعات الديوانية في كل شهر او ثلثة اشهر والمراد بالنوائب ما ينوبه غير راتب
بل يحدث احيانا ويحتمل ان يقع ويحتمل ان لا يقع وقد ذكر عن ابي بكر بن سعيد البزدوي رح انه
قال وقع هذا الجواب غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا الفعل غير مضمون وكان
الفقيه ابو جعفر رح يقول معناه اذا طلب احد الشريكين القسمة من صاحبه وامتنع الآخر من
ذلك فضمن انسان بها لان القسمة واجبة عليه وقال بعضهم معناه اذا اقتسما ثم منع احد
الشريكين قسمة صاحبه فيكون الضمان على هذا قسم بسكون السين وحذف التاء كذا في
الفوائد الظهيرية وقيل اراد بالقسمة اجرة الكيال الذي يقسم الغلة اذا كان الخراج مقاسمة
قوله والحكم ما بيناه وهو جواز الكفالة فيما اذا كانت بحق بالاتفاق ولو كانت بغير حق ففي
صحة الكفالة بها اختلاف المشايخ رح **قوله** لانه لا دين عليه في الصحيح احترز به عن القول الآخر
بانه يجب للطالب على الكفيل دين آخر **قوله** فكان القول قول من انكر الشرط اي مع اليمين **قوله** اما

King Saud University 1957
Copyright King Saud University

الاجل في الكفالة نوع يعني لما كان نوعا وجب الفصل قوله في بيانه لانه لا يدعي العارض لجهله في الاجل
في الدين لانه عارض ولهذا لا يثبت من غير شرط فالقول لمنكر الشرط والشافعي رح الحق الثاني بالاول
وابو يوسف رح فيما يروى عنه الحق الاول بالثاني فكذا وقع في عامة النسخ وهذا ليس بصحيح بل
الصحيح عكسه وهو ان يقال والشافعي رح الحق الاول بالثاني وابو يوسف رح فيما روى عنه
الحق الثاني بالاول وذلك عند الشافعي رح القول قول المقر في الفصلين جميعا وكان الاقرار
بالدين وهو المذكور اولا في الرواية ملحقا بالثاني وهو الاقرار بالكفالة وذلك لانا نستفيد
مما قلنا ومذهب ابي يوسف رح فيما روي عنه على عكسه وحجة الشافعي رح ان الدين نوعان
حال ومؤجل فاذا اقر بالمؤجل فقد اقر باحد نوعيه فصار كما لو ادعى الدين فالقول قوله وحجة ابي يوسف
رح انهما تصادقا على وجوب المال ثم ادعى احدهما الاجل على صاحبه فلا يصدق الا بحجة الا
ترى انه لو اقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة ودعواه الخيار باطل لما قلنا فكذا
دعوى الاجل **قوله** والفرق ما اوضحناه اشارة الى قوله ووجه الفرق ان المقر اقر بالدين
آه **قوله** لان بمجرد الاستحقاق لا ينتقض البيع ولهذا لو اجاز المستحق البيع بعد قضاء القاضي
لصح البيع ولو كان الثمن عبدا فاعتقه بائع الجارية بعد حكم القاضي للمستحق نفذ اعتاقه
وانما يصير كفيلا اذا قضي بالثمن على البائع فقبل ذلك لا كفالة فلا يكون للمشتري ان يأخذ
الثمن من الكفيل هذا جواب ظاهر الرواية وهو الصحيح لان الاستحقاق لا ينفي ابتداء البيع فلان
لا ينفي البقاء اولى بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية وعن ابي يوسف رح ان
بمجرد القضاء يثبت للمشتري حق الرجوع ولم يثبت في فصل الاستحقاق **قوله** ووضعها اول
الزيادات في ترتيب الاصل وهو ترتيب محمد رح حيث ابتدا الكتاب الزيادات بكتاب
المأذون ثم رتبها الزعفراني على الترتيب الذي هو الآن عليه وعن ابي حنيفة رح ان الخصومة
من المستحق وطلب الحكم من القاضي دليل النقض فينتقض البيع كما ينتقض بصريح النقض
حتى لا يعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن ابي يوسف رح ان اخذ العين بحكم الحاكم دليل
الفسخ فينفسخ به البيع وعنه ان العقد ينفسخ بالقضاء بالاستحقاق فعلى هذه الروايات
للمشتري ان يأخذ الكفيل اذا قضي عليه بالاستحقاق **قوله** بضمن له رجل بالعهدة اعلم ان
ههنا ثلث مسائل ضمان العهدة وضمان الدرك وضمان الخلاص فضمان العهدة باطل بالاتفاق
لما ذكر في الكتاب وضمان الدرك جائز بالاتفاق واختلفوا في ضمان الخلاص فعندهما
جائز لانه يفسره بضمان تسليم المبيع ان قدر عليه وتسليم الثمن ان عجز عنه وهذا هو ضمان
الدرك وابو حنيفة رح يقول يفسرونه بالخلاص تخليص المبيع وتسليمه الى المشتري على كل
حال العقد الشرط لانه التزم شيئا لا يقدر عليه **قوله** لان هذه اللفظة مشتبهة اذ العهدة
العهدة قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة قد تقع على العقد

لان

لان العهدة عن العهد كالعقدة من العقد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق لانها من
ثمرات العقد وقد يطلق على خيار الشرط كما جاء في الحديث عهدة الرقيق ثلثة ايام اي
خيار الشرط وعن ابي يوسف ومحمد رح ان ضمان العهدة يصح ويكون العبارة عن
ضمان الدرك تصحيحا للعقد وهو تسليم المبيع ان قدر وتسليم الثمن ان عجز عنه وابو حنيفة
رح يقول فراغ الذمة اصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال **قوله** وهو تسليم المبيع او
قيمته اداء الثمن والله اعلم **باب** كفالة الرجلين **قوله** ثم هو تابع للاول اي الثاني
وهو المطالبة تابع للدين لان المطالبة بالدين مبنية على وجود الدين لان المطالبة بلا دين
بلا دين محال **قوله** وفي الزيادة لا يصير معارضة اي من كل وجه وفي النصف لم يكن
معارضة حقيقة ولكنه كانت معارضة صورة فلا يعتبر ايضا لان المؤدي لما يؤدي عما
كان عليه بطريق الاصالة برئ صاحبه عن الكفالة فاذا جعل المؤدي الزيادة عن صاحبه لا
يكون لصاحبه ان يجعل الزيادة عن المؤدي **قوله** فيؤدي الى الدور لانه لو جعل شيئا من المؤدى
من صاحبه فلصاحبه ان يقول اداؤك كادائي فان جعلت شيئا من المؤدى عني ورجعت
علي بذلك على ان اجعل المؤدى عنك كما اديت بنفسي فيفضي الى الدور **قوله** ومعنى المسئلة
في الصحيح ان تكون الكفالة بالكل عن الاصل وبالكل عن الشريك يريد به ان معنى ما قال في
الكتاب اذا كفل رجلان عن رجل بالف كل واحد منهما عن الاصل بالكل وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه بالكل ايضا وانما قال في الصحيح لانهما لو كفلا بالالف كان الالف منقسما عليهما نصفان
ثم ان كفل احدهما عن صاحبه وادى احدهما نصف المال فانه لا يرجع على الآخر حتى يزيد المؤدى
على النصف لان الضمان تعاكسا لان نصف المال كان واجبا عليه بحكم ضمانه بغير واسطة
والنصف الآخر كان واجبا عليه بحكم الكفالة الثانية فيكون هذا بمنزلة المسئلة الاولى **قوله**
والمطالبة متعددة يعني انما يكون كل واحد منهما كفيلا عن الاصل وكفيلا عن صاحبه لان
موجب الكفالة التزام المطالبة وهي متعددة مطالبة عن الاصل ومطالبة عن الكفيل
وقد التزمها كل واحد منهما فيجتمع الكفالتان على كل واحد منهما **قوله** على ما مر اشارة الى ما مر من
قوله لان موجبه التزام المطالبة وهي متعددة في تعليل قوله ومن اخذ من رجل كفيلا بنفسه
ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان **قوله** وكما نص للمحال له من المحال عليه بما التزم
على آخر يصح فكذا في الكفالة بخلاف ما تقدم اي بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما اصيلا في
النصف لان دين الاصالة مقدم فلا يرجع حتى يزيد على النصف **قوله** ولا يؤدي الى الدور
لانه اذا رجع احدهما على صاحبه بنصف ما ادى ليس للآخر ان يرجع عليه لان قضية الاستواء
وقد حصل بخلاف ما اذا كان الدين على اثنين وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فان هناك لو
جعل المؤدى عن الكفالة يؤدي الى الدور فلا يجعل **قوله** والآخر كفيل بكله على ما بيناه اشارة

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

الى قوله ومعنى المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك
قوله كما مر من الوجهين في كفالة الرجلين وهي مسئلة اول الباب حيث قال ولا معارضة
بين ما عليه بحق الاصالة وما عليه بحق الكفالة وما ذكر من لزوم الدور قوله واذا كوتب
العبدان كتابة واحدة بان قال كاتبتكما على الف الى سنة وفي الفوايد الظهيرية رجل
كاتب عبدين له كتابة واحدة ثم انما قيد في المسئلة بالكتابة الواحدة لان كل واحد منهما لو
كان مكاتبا على حدة وكفل كل واحد منهما عن صاحبه ببدل الكتابة للمولى لا يصح قياسا و
استحسانا وهذا العقد يصح استحسانا والقياس ان لا يصح لانه شرط فيه كفالة المكاتب
والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد باطل فيكون شرطهما في الكتابة مفسدا اذ الكتابة
تفسد بالشروط الفاسدة وجه الاستحسان ان هذا عقد يحتمل الصحة بان يجعل المال
على احدهما وعتق الآخر معلقا بادائه كما في ولد المولود في الكتابة فيجعل كل واحد في
حق المولى كان المال كله عليه وعتق الآخر معلق بادائه فيطالب كل واحد منهما بجميع المال
بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة وفي الحقيقة المال مقابل بهما حتى يكون موزعا منقسما
عليهما ولكنا قدرنا المال على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة نفيا وراء ذلك العبرة للحقيقة
قوله فما اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه فان قيل كيف يرجع على صاحبه بنصف
ما ادى والمال في الحقيقة مقابل بهما فيكون على كل واحد منهما نصفه فينبغي ان لا يكون له حق الرجوع
ما لم يؤد المولى على ما يخصه كما في مسئلة الدور قلنا انما يرجع على صاحبه بنصف ما ادى
تحرزا عن تفريق الصفقة على المولى لان المودي لو وقع عن المودي على الخصوص برأ بادائه
عن نصيبه فيعتق لان المكاتب اذا برئ عما عليه من البدل يعتق والمولى شرط عليهما ان يؤديا
جميعا ويعتقا جميعا فيتضرر نظيره في كاتب عبدين له نصرانيين على خمر كتابة واحدة ثم اسلم
احدهما انقلب ما عليهما قيمة قوله وللمولى ان ياخذ حصة الذي لم يعتق ايهما شاء لان كل
واحد منهما كان مطالبا بجميع الالف والباقي بعض ذلك الالف فيبقى على تلك الصفة
لان البقاء يكون على وفق الثبوت قوله العتق بالكفالة فان قيل كيف يكون العتق
ههنا كفيلا ببدل الكتابة والكفالة ببدل الكتابة لا تصح قلنا هذا في حالة البقاء لا
لم يكن هذا كفالة في ابتدائه ببدل الكتابة والكفالة بل كان كل بدل الكتابة واجبا
على كل واحد منهما تصحيحا للكتابة وبعد اعتاق احدهما صار المعتق كفيلا عن غير المعتق
ببدل الكتابة فيجوز ذلك بقاء وان لم يجز ابتداء كما في صحة الشهود باب كفالة
العبد وعنه قوله ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق اي مالا هذه صفته
هي انه لا يجب عليه حتى يعتق بان اقر باستهلاك مال وكذبه المولى او اقرضه انسان او
باعه وهو محجور او وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤاخذ به في الحال قوله مات

ادعى

ادعى رقبة العبد وفي الفوايد الظهيرية فان ادعى على ذي اليد رقبة العبد فكفل بنفس العبد رجل
مات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له ضمن الكفيل قيمته وانما قيد في اثبات ملكه باقامة
البينة لانه لو ثبت ملك المدعي باقرار ذي اليد او بنكوله عند الحلف وقد مات العبد في
يد ذي اليد فقضي بقيمة العبد على المدعى عليه ولا يلزم على الكفيل شيء مما لزم على الاصيل الا
اذا اقر الكفيل بما اقر به الاصيل لان اقرار الاصيل لا يعتبر حجة في حق الكفيل قوله ويعني
الوجه الاول وهو ما اذا كفل العبد عن مولاه بامره قوله بان لا يكون اه وفي بعض النسخ
ان يكون بغير طرف النفي والصحيح من الرواية ان لا يكون لانه اذا لم يكن عليه دين يصح امر
المولى اياه بالكفالة ويصح تصرف المولى فيه بفراغ ذمته عن تعلق حق الغير لانه يملك
ان يجعله مشغولا بالدين بان يقر عليه بالدين فكذا له ان ياذن حتى يكفل عنه بخلاف ما
اذا كان مديونا لان مولاه صار كالاجنبي عنه حتى لا يملك شغله بالدين بالاقرار عليه فكذا
لا يملك امره بالكفالة قوله واما الكفالة عن العبد فتصح بكل حال سواء كان العبد مديونا
اولا فان قيل دين العبد مستحق للقضاء من مالية رقبته وهي ملك مولاه فاي فائدة في هذه
الكفالة قلنا الفائدة شغل ذمة المولى بالمطالبة او باصل الدين واستحقاق قضائه
من سائر امواله وهذا اذا لم يكن ثابتا قبل الكفالة واذا ادعى رجل قبل عبد رجل دعوى
فكفل مولاه بنفسه فهو جائز لانه التزم تسليم ما يقدر على تسليمه قوله وتقسيم وجهه
والفقه فيه ان الكفالة توجب حق المطالبة على الكفيل بما على الاصيل الا ان ما يجب
للكفيل موجل الى وقت ادائه ولهذا لو ابرأ الكفيل الاصيل يصح ولا يرجع اذا ادى الكفيل
بعد ذلك فتبين ان المعتبر وقت الكفالة وعند ذلك لم يكن للعبد من حيث حقا
على مولاه قوله وبدل السعاية كمال الكتابة في قول ابي حنيفة رح لانه كالمكاتب عنده ولا يجوز
الكفالة للكوط ولكن كان ذلك معللا بالعلة الاولى وهي قوله لانه يثبت مع المنافي فلا ان المستسعى
عنده احكام العبد من عدم قبول الشهادة وتزوج المرأتين والحد وغيرها دون
العلة الثانية لانه لا يصح في حق التعجيز وسقوط السعاية بالتعجيز والله اعلم
كتاب الحوالة هي اسم بمعنى الاحالة يقال احلته زيدا بما له عليه اي جعلت له
ان يطالب على الرجل فانا محيل وزيد محال ومحتال والمال محال به والرجل محال عليه ومحتال عليه وقولهم
للمحتال المحتال له لغو لا حاجة الى هذه الصلة ويقال للمحتال الحويل كذا في المغرب وهي
في الشريعة نقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه وهي جائزة بالدين قال عليه
السلام من احيل على ملي فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز قوله وانما اختصت بالديون
لانها تنبئ عن النقل والنقل في الدين لا في العين لان هذا نقل شرعي والدين وصف
شرعي يظهر اثره في المطالبة فجاز ان يؤثر النقل الشرعي في الثابت شرعا واما العين

Copyright © King Saud University

نحسن فلا ينتقل بالنقل الشرعي بل يحتاج الى النقل الحسي فان قيل يشكل هذا بما اذا كانت الحوالة بغير امر
المحيل حتى ان من قال للجري ان لك على فلان كذا فاحتل بها علي ورضي بذلك صاحب الدين صحت
الحوالة ولا يتحقق النقل فيه قلنا يتحقق النقل فيه معنى فان الرجل اذا قال اديت دينك على ان
لا ارجع على المديون يكون الحوالة موجودة معنى والعبرة للمعنى دون اللفظ قوله واذا تمت
الحوالة برئ المحيل وللمتاخرين اختلاف في ان الحوالة توجب براءة المحيل عن المطالبة والدين
ام عن المطالبة دون الدين وانما اختلفوا لذكر محمد رح مسايل تدل على القولين اما من قال
توجب البراءة عنهما احتج بما قال محمد رح المطلوب لو احال الطالب على غريمه مقيدا بماله عليه
ثم ان المحيل منها المحتال اذا وهب الدين للمحيل او ابراه لا يصح بالاجماع ذكره في الجامع وذكر
فيه ايضا انها مختلفة بين المتاخرين وذكر في المبسوط عند ابي يوسف رح لا يصح وعند محمد رح
يصح ومنها احال الكفيل الطالب على آخر برئ هو والاصيل ومنها وكل رجلا بقبض الدين
ثم احال المطلوب الطالب على رجل خرج الوكيل عن الوكالة اما من قال الحوالة توجب البراءة
عن المطالبة دون الدين احتج بما قال محمد رح المحتال اذا ابرا المحتال عليه عن الدين فالمحتال
عليه لا يرجع على المحيل ومنها المحتال اذا وهب الدين من المحتال عليه فالمحتال عليه يرجع به
على المحيل ان لم يكن للمحيل عليه دين ولو كان يلتقيان قصاصا سقط دين المحيل وجعل الهبة تقاصا
كالحوالة في الكفيل ومنها المحتال اذا ابرا المحتال عليه لا يرتد برده ولو وهب الدين منه يرتد برده
وجعل الحوالة فيه كالحوالة في الكفيل ومنها المحيل لو قضى الدين اجبر المحتال على القبول ولو
لم يكن متبرعا ومنها المحيل لا يصح توكيله عن المحتال بقبض الدين من المحتال عليه علم ان الدين
باق عليه وانما تحولت المطالبة فصار الحاصل ان الحوالة نقل صورة حتى لا يتمكن من مطالبة
المحيل قبل ان يتوى المال على المحتال عليه وتاجيل معنى حتى لو توى يرجع على المحيل
كان محمد رح اعتبر النقل في بعض الاحكام واعتبر التاجيل في البعض يكون عملا بهما
قوله ويصح برضا المحيل والمحتال صحة الحوالة تعتمد قبول المحتال والمحتال عليه ولا تقع
الحوالة في غيبة المحتال في قول ابي حنيفة ومحمد رح كما قلنا في الكفالة الا ان يقبل رجل
الحوالة للغائب ولا يشترط حضرة المحتال عليه لصحة الحوالة حتى لو احاله على غائب
ثم علم الغائب فقبل صحت الحوالة ولا يعتبر حضرة المحيل ولا رضاه قوله وانما يجبر على القبول
اذا نقد المحيل جواب سؤال وهو ان يقال لو انتقل الدين من ذمة المحيل الى ذمة المحتال عليه
لما اجبر على القبول اذا نقد المحيل كما لو تبرع انسان بقضاء دينه لانه يحتمل عود المطالبة
الى المحيل بالتوى فلم يكن متبرعا فان قيل هو متبرع حال الاداء اذ لا دين عليه لما
قطعا وما ذكرت محتمل قلنا المتبرع من يقصد الاحسان الى الغريم نفسه من غير
ان يقصد دفع الضرر عن نفسه حيث اسقط اصلا وهو هنا الاداء يقصد دفع الضرر عن

نفسه حيث اسقط عن نفسه المطالبة والحبس حال الاعسار فلا يكون متبرعا قوله لان البراءة حصلت مطلقة
اي عن قيد الرجوع على المحيل عند التوى والحوالة للنقل والنقل من الاوصاف لا يعود قوله ولنا انها
مقيدة اي ان البراءة مقيدة بسلامة حقه له يعني ان الحوالة التي يحصل بها البراءة وان كانت
مطلقة لفظا لكنها هي مقيدة اي ان البراءة بشرط السلامة فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع على
المحيل فان دلالة الحال يصلح للتقييد كما اذا قامت المراة للخروج فقال الزوج ان خرجت فانت طالق
ينصرف الى هذه الخرجة التي قصدت في الحال حتى لو قعدت ثم خرجت بعد زمان لا تطلق قوله
اذ هو المقصود اي وصول حق المحتال اليه هو المقصود من عقد الحوالة لانه عقد توثق يتعلق
بجانب الزام العقد واحكامه لا المطالبة فصار كوصف السلامة في البيع بان اشترى شيئا فوجده
معيبا يرجع بنقصان العيب وان لم يشترط ذلك لفظا لان وصف السلامة مستحق للمشترى
فلما لم يسلم للمحتال حقه يرجع على المحيل لان البراءة حصلت بطريق الانتقال فاذا لم يسلم
له من المحيل الذي انتقل اليه يعود حقه الى المحيل الذي انتقل عنه كما لو اشترى بالدين شيئا
وهلك قبل القبض فان حقه يعود في الدين كما كان وكذا هنا والجامع انها سبب يحتمل الفسخ
حتى لو تراضيا على فسخ الحوالة انفسخت كما ان ذلك السبب يحتمل الفسخ قوله ولا يترك له عليه
او يموت مفلسا ذكر الامام التمرتاشي رح او يجحد المحتال عليه الحوالة على غيبة المحيل ولا للمحتال
او يموت عليه لم يترك مالا ولا دينا ولا كفيلا ولو مات المحتال عليه ثم مات مفلسا وقال
المحيل الخلاف رضي لنا في القول للمحتال مع اليمين على العلم لتمسكه بالاصل وهو العدم ولانه
بالحوالة لم يدخل في ملك المحتال عليه مال ولو كان حيا فزعم انه مفلس فالقول قوله وكذلك
بعد موته اذ زعم الطالب انه مفلس فالقول قوله مع يمينه على علمه وفي شرح الناصحي القول
للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين قوله وهذا بناء على ان الافلاس لا يتحقق
بحكم القاضي عنده خلافا لهما يقال افلس اي صار ذا فلس بعدما كان ذا درهم ودينار
فاستعمل مكان افتقر وفلسه القاضي اي قضى بافلاسه حين ظهر له حاله كذا في الطلبة هما
يقولان اعتبر القاضي الافلاس في اخراجه من السجن فكذا في حق غيره وابو حنيفة رح يقول
الافلاس لا يتحقق لان المال غاد ورائح فقد يصبح الرجل فقيرا ويمسي غنيا راح خلاف غدا
اذا جاء او ذهب رواحا اي بعد الزوال والمعنى جاء وذاهب وعكسه ثم عود المال الى المحيل
بالتوى للتعذر لا للاستيفاء الا ترى انه لو تعذر استيفاؤه من المحتال عليه بغيبته لم يرجع
على المحيل بالتوى ولا يتصور التوى في الدين حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من ان
يكون محلا صالحا للالتزام وبعد الافلاس الذمة في صلاحها للالتزام كما كانت من قبل فلا
يتحقق التوى بخلاف ما بعد الموت مفلسا لان الذمة خرجت من ان يكون محلا صالحا للالتزام
فثبت التوى بهذا الطريق حكما قوله ولفظ الحوالة مستعملة في الوكالة جواب سؤال معناه

يستعمل

وهو ان يقال احاله بفلان فالمراد قوله بالدين لان الحوالة نقل الدين من ذمة الى ذمة فاجاب ان الحوالة
في نقل التصرف على طريق التوكيل ولهذا قال محمد رحمه الله اذا صار مال المضاربة دينا على الناس فامتنع
المضارب عن التقاضي يقال له احل رب المال على الغرماء اي وكل ويستعمل في نقل الدين فلم
يكن حجة للمحتال على ان المحيل صار معترفا بالدين بل لما كان محتملا كان القول قول من انكر مع
يمينه وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله يحتمل معنى آخر وهو ان المحتال اذا استوفى الالف و
قد كان المحيل باع متاعا من المحتال عليه بهذا الالف فيقول المحيل كان ذلك المتاع لي وكنت
وكيلا ببيعه من جهتي فالمقبوض الي ويقول المحتال كان المتاع ملكي وانما بعته لنفسي فالقول
قول المحيل لان اصل المنازعة بينهما وقع في ملك ذلك المتاع واليد كان للمحيل ثم
كل مستقرض عامل لنفسه حتى يقوم الدليل على كونه عاملا لغيره والثمن انما وجب بالبيع في
المحل الذي في يده وهو الذي باشره فيكون الثمن واجبا له فلهذا كان القول قوله **قوله**
ومن اودع رجلا الف درهم واحال بها آخر عليه فهو جائز لان الاصل ان الحوالة نوعان مقيدة بدين
على المحتال عليه او بعين في يده بغصب او وديعة او غير ذلك ومطلقة بان يرسل الحوالة
ارسالا ولا يقيدها بدين او عين والحوالة على رجل ليس له عليه دين ولا في يده عين له ثم
المطلقة حالة ومؤجلة **قوله** وحكم المقيد في هذه الجملة اي حكم الحوالة المقيدة في جملة
ما ذكرنا وهي ما اذا كان مقيدة بالعين والدين والعين كانت وديعة او غصبا ان لا يملك
المحيل مطالبة المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن فان للراهن بعد ما
رهن لا يبقى حق الاخذ من يد المرتهن الا انه يخالف الرهن من حيث ان المحتال لا يكون اخص
بتلك العين اما الدين الذي تتقيد حوالته به بعد موت المحيل من سائر الغرماء بل هو
اسوة لهم والمرتهن اخص بالرهن من سائر الغرماء بعد موت الراهن **قوله** بخلاف المطلقة
وهو ان يقول المديون لرب الدين احلتك بالالف التي لك علي على هذا الرجل ولم يقل لتؤديها
من المال الذي لي عليه او العين التي لي عليه او العين التي عنده من غصب او وديعة لانه
لا تعلق لحقه اي لحق المحتال به اي بذلك الدين الذي للمحيل على المحتال او بتلك العين التي
عنده **قوله** بل بذمته اي بذمة المحتال عليه وفي الذمة سعة فلا يبطل الحوالة باخذ ما عليه اي من
الدين او ما عنده من الغصب والوديعة **قوله** ويكره السفاتج السفتجة تعريب سفته وسفته
شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام امره وفي المغرب السفتجة بضم السين وفتح التاء واحدة
السفاتج وصورتها ان يدفع الى تاجر مالا قرضا ليدفعه الى صديقه وانما يدفعه على سبيل القرض
لا على سبيل الامانة ليستفيد به سقوط خطر الطريق وتفسيرها هي ان يقرض انسانا ليقضيه المستقرض
في بلد يريده المقرض ليستفيد به سقوط خطر الطريق فان لم يكن المنفعة مشروطا ولا
كان فيه عرف ظاهر فلا باس به وهو في معنى عبارة عن الحوالة لانه احال الخطر المتوقع على

المستقرض

المستقرض ولذلك افرده في آخر باب الحوالة

كتاب القضاء

القضاء عبارة عن الاحكام
لغة قال الشاعر وعليهما مسرودتان قضاهما وعن الامام شريعة وهو مشروع بالكتاب
قال الله تعالى وان احكم بينهم بما انزل الله والسنة فانه عليه السلام قلد عليا ومعاذا والاجماع
والمعقول ففي القضاء بالحق اظهار العدل وبه قامت السموات والارض ودفع الظلم عن الجاهل
وهو مما يدعو اليه عقل كل عاقل وانصاف كل المظلوم والملهوف والنهي عن المنكر والامر بالمعروف
ولاجله بعث الرسل والانبياء وكان عليه الخلفاء والعلماء **قوله** حتى يجتمع في المولى على لفظ
اسم المفعول ليكون فيه دلالة على تولية غيره اياه من غير طلب وهو الاولى للقاضي على ما
سيجيء ان شاء الله تعالى **قوله** فلان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة اي يستفاد لان كل واحد
منهما من باب الولاية لان الولاية تنفيذ القول على الغير شاء الغير او ابى والشهادة والقضاء
كذلك وانما قلنا ان حكم القضاء يؤخذ من حكم الشهادة اذ الشهادة بمنزلة الاصل والقضاء
بمنزلة الفرع لها الا ترى انه يبتنى عليها **قوله** ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد
عدالته فيتقيد التقليد بحال عدالته وصار كانه علق به قضاء القاضي بحال عدالته فلما فسق
لم يبق التقليد لانقطاع العدالة وكما يصح تعليق القضاء والامارة بالشرط بان يقول السلطان
لرجل اذا قدمت بلدة كذا فانت قاضيها او يقول لرجل اذا اتيت مكة فانت امير الموسم فكذلك
يصح ايضا تعليق عزل القاضي بالشرط **قوله** وفي حد الاجتهاد كلام واضح ما قيل فيه ان يكون قد
حوى علم الكتاب ووجوه معانيه وعلم السنة بطرقها ومتونها ووجوه معانيها وان يكون مصيبا
في القياس عالما بعرف الناس **قوله** وحاصله ان يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه اي يعرف
لا علم الحديث لزيادة علمه ودرسه فيه ولكن له فقه ايضا وليس هو بمقتصر علمه بالحديث وصاحب
فقه له معرفة بالحديث اي متبحر في الفقه ولكن له علم بالحديث ايضا وليس هو بمقتصر علمه بالفقه
قوله لان من الاحكام ما يبتنى عليها اي على عادات الناس كالاستصناع يجوز عرفا بترك القياس
قوله ولانه فرض كفاية لكونه امرا بالمعروف **فان قيل** لو كان فرض كفاية كان الدخول فيه مندوبا
لما ان ادنى درجات فرض الكفاية الندب كما في صلاة الجنازة ونحوها **قلنا** نعم كذلك الا
ان فيه خطرا عظيما وامرا مخوفا للمسلم فيخوضه كل سابح ولا ينجو منه كل طامع الا من عصمه
الله تعالى وهو عزيز في وجوده ولهذا اختار كثير من السلف التعذيب البليغ ولم يختر الاولى
ان ابا حنيفة رحمه الله دعي الى القضاء ثلاث مرات فابى حتى ضرب في كل مرة ثلاثين سوطا فلما كان
في المرة الثالثة قال حتى استشير اصحابي فاستشار ابا يوسف رحمه الله فقال ابو يوسف رحمه الله لو تقلدت
لنفعت الناس فنظر اليه ابو حنيفة رحمه الله نظر المغضب فقال لو امرت ان اعبر البحر سباحة
لكنت اقدر عليه وكاني بك قاضيا وكذا دعي محمد رحمه الله الى القضاء فابى حتى قيد وحبس واضطر
فتقلد **قوله** كيلا يصير شرطا اي كيلا يصير الدخول في القضاء شرطا لمباشرة القبيح لانه قبل

القضاء لا يتمكن من اجراء الظلم على غيره او ارتكاب قبيح آخر لعجزه وجهله فلما ولي القضاء فقد تمكن
من ذلك بقدرته وولايته فيصير الدخول في القضاء شرطا لا رتكابه **قوله** فكانما ذبح بغير سكين
رواه ابو هريرة رضه وذكر الصدر الشهيد وجه تشبيه القضاء بالذبح بغير سكين فقال لان
السكين يوثر في الظاهر والباطن جميعا والذبح بغير سكين ذبح بطريق الخنق والغم ونحو ذلك فانه
يوثر في الباطن دون الظاهر فكذا القضاء لا يوثر في الظاهر فان ظاهره جاه وفي باطنه هلاك
وكان شمس الائمة الحلوائي رح يقول لا ينبغي لاحد ان يزدري هذا اللفظ كيلا يصيبه ما اصاب
ذلك القاضي فقد حكي ان قاضيا روي له هذا الحديث فازدراه فقال كيف يكون هذا ثم دعا
في مجلسه بمن يسوي شعره فجعل الحلاق يحلق بعض الشعر من تحت ذقنه اذا عطس فاصاب
الموسى الحلق واسال دمه بين يديه **قوله** وينبغي ان لا يطلب الولاية بقلبه ولا يسالها اي بلسانه
قوله وكل الى نفسه اي فوض امره الى نفسه ومن فوض امره الى نفسه كان مخذولا غير
منصور لان النفس امارة بالسوء وانما كان كذلك لان من سال القضاء فقد اعتمد على فهمه
وورعه وزكاه فصار معجبا فلا يلهم الرشد ويحرم التوفيق فاما من اكره عليه فقد اعتصم
بحبل الله تعالى وتوكل عليه قال الله تعالى ومن يتوكل على الله فهو حسبه فيلهم الرشد ويوفق
للصواب **قوله** في نوبته اي نوبة علي رض وانما قيد به احترازا عن مذهب الروافض فانهم
يقولون كان الحق في يد علي في نوبة ابي بكر رض وكذلك في نوبة عمر وعثمان رض ولكن ما
قالوه باطل لاجماع الامة على صحة خلافة الراشدين ولو كان الامر على ما قاله الروافض
لكان اجماع الامة على باطل ولا تجتمع الامة على باطل ولم يروى عن علي رض ولا من غيره خلاف
ذلك الاجماع **قوله** ديوان القاضي المعزول الديوان هو الخرائط التي فيها نسخ السجلات
والصكوك ونصب الاوصياء والقيم في اموال الوقف وتقدير النفقات وهذا لان
القاضي يكتب نسختين احدهما يكون بيد الخصم والاخرى يكون في ديوانه لانه ربما احتاج
اليه لمعنى من المعاني وما بيد الخصم لا يومن عليه الزيادة والنقصان ويبعث رجلين
من ثقاته ليقبضا ديوانه بحضرة القاضي المعزول او امينه والواحد يكفي والاثنان احوط
ويسالان القاضي الاول شيئا فشيئا فما كان منها من نسخ السجلات يجعلانه في خريطة
وما كان من نصب الاوصياء واموال اليتامى يجعلونه في خريطة لان هذه النسخ كانت
تحت يد القاضي المعزول فلا يشتبه عليه شيء من ذلك متى احتاج الى نسخة منها فاما القاضي
المقلد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها في خريطة فلو احتاج الى نوع منها يحتاج تفتيش
جميعها وانما يسالان القاضي المعزول وان لم يكن قوله حجة لان الحاضرين واحد من الرعايا
ليكشفا ما اشكل عليهما **قوله** حتى ينادي عليه اي يامر مناديا ينادي عليه كل يوم اذا
جلس من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس لظلامة فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان

حتى

حصر والا يعمل فيه ولي القاضي ان يطلقه ينادي عليه كذلك اياما فان حضر خصم منهم جمع بينه وبينه
وان لم يحضر نادى عليه اياما على حسب ما يرى القاضي فان لم يحضر خصم اخذ منه كفيلا بنفسه
واطلقه **قوله** ولا يقبل قول المعزول لما بينا اي لا يقبل قول المعزول ان المال الذي في يد زيد
يكون لعمرو لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا الا ان يعترف الذي في يديه ان المعزول سلمها اليه لانه
ثبت باقراره ان اليد للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا من في يده مال اذا اقر
بذلك المال للانسان يقبل اقراره الا اذا بدأ ذو اليد بالاقرار لغيره فيقول هذا المال لفلان بن فلان
غير الذي اقر له القاضي المعزول فيه ذلك وسلمه ثم قال دفعه الى القاضي المعزول فيسلم الى المقر له الاول
لسبق حقه ثم يضمن للقاضي المعزول قيمة ذلك وسلمه باقراره ذو اليد ان اليد كانت له فيخلف
المعزول ويسلم الى الذي اقر القاضي له ولو بدأ بالدفع فقال دفعه الى القاضي المعزول وهو لفلان
آخر فالقول قول المعزول ويدفع بالدفع الى من اقر القاضي المعزول له ولو قال صاحب اليد دفعه
الى القاضي المعزول فقال هو لفلان بن فلان او قال دفعه الي ولا ادري لمن هو فالمولى يقبل
قول المعزول ولو انكر ذو اليد ما قاله المعزول كان القول قوله ولا يقبل قول القاضي المعزول
فيه **قوله** كما اذا كانت الخصومة في الدار فانه يجوز للقاضي سماع الدعوى وشهادة الشهود
والاشارة اليها **قوله** لان في جلوسه وحده تهمة وهي تهمة الظلم والرشوة **قوله** ويدخل في
هذا الجواب نوبته وهو قوله لم يفصل في الدعوة الخاصة بين ان يكون الداعي اجنبيا او ذا
رحم محرم منه وقال في فصل الهدية لا يقبل الا من ذي رحم محرم فلا بد من التاويل بين المسالتين
قالوا ما ذكر في الضيافة محمول على ما اذا كان ذا رحم محرم لم يجر بينهما الدعوة والمهاداة
صلة للقرابة وانما الحدث بعد القضاء فاذا كانت الحالة هذه فهو والاجنبي سواء في هذا
وما ذكر في الهداية ان يقبل من ذي رحم محرم فهو محمول على انه كان جرى المهاداة قبل القضاء
صلة للقرابة فاذا اهدى اليه هدية بعد القضاء فلا باس بالقبول هكذا ذكره شيخ الاسلام
المعروف بخواهر زاده وفي مبسوط شيخ الاسلام الا ان يكون المضيف خصما فينبغي ان لا يجيب
دعوته وان كانت عامة **قوله** ويعود المريض هذا اذا لم يكن المريض من المتخاصمين اما اذا كان
منهم فلا ينبغي ان يعوده لان ذلك يودي الى ايذاء الخصم الاخر والى التهمة **قوله** قال عليه السلام
للمسلم على المسلم ستة حقوق ان ترك شيئا منها فقد ترك حقا واجبا عليه اذا دعاه ان يجيبه
واذا مرض ان يعوده واذا مات ان يحضره واذا لقيه ان يسلم عليه واذا استنصحه ان ينصحه
واذا عطس ان يشمته **قوله** ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه فيه اشارة الى انه لو اضافهما
جميعا فليس به باس وفي المبسوط لا ينبغي ان يضيف احد الخصمين الا ان يكون خصمه معه
والله اعلم **فصل** في الحبس ان الغريم اذا ثبت عليه الدين في جميع ذلك فهو اختيار الخصاف
ويروى ان القول له الا فيما بدله مال وهو اختيار ابي عبد الله البلخي وهو رواية عن

فقد

وجوز ان يحجر ... يقال للمحجور ... عليه الى ان ... صحيح حاله ... شرح ... القدوري

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

ابي حنيفة وابي يوسف رح وتوفيقه بين القولين مسئلتان احدهما ان المرأة اذا ادعت على زوجها
انه موسر وادعت نفقة الموسرين وادعى الزوج انه معسر وعليه نفقة المعسرين فالقول للزوج
انه معسر تمسكا بالاصل وثانيهما ان احد الشريكين اذا اعتق العبد المشترك وزعم انه
معسر فالقول للمعتق فهاتان المسئلتان تخالفان القول الاول لان فيهما التزاما اذا تقاعد
عن النكاح والاعتاق امارة تدل على النفقة والضمان كما في المهر والكفالة قوله يخرج
على ما قال في الكتاب يعني تخريج هاتين المسئلتين على وجه لا يردان نقضا على ما قال في الكتاب
في ظاهر الرواية انه يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال او التزمه بعقد ان الحبس فيما يكون
دينا على المدعى عليه مطلقا وفي هاتين المسئلتين النفقة ليست بدين مطلقا حتى تسقط بالموت
بلا انفاق وكذا ضمان الاعتاق عند ابي حنيفة رح قوله يحبسه شهرين او ثلثة اشهر وهو رواية محمد
رح عن ابي حنيفة رح في كتاب الحوالة وروى الحسن عن ابي حنيفة رح ان الحبس ما بين اربعة
اشهر الى ستة اشهر وذكر الطحاوي انه يحبسه شهرا وقيل انه اوفق الاقاويل في هذا الباب
لان ما زاد على الشهر في حكم الآجل وما دونه في حكم العاجل والصحيح ان التقدير مفوض الى
راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص في احتمال الحبس والصبر عليه حتى اذا مضت ستة
اشهر ووقع عند القاضي انه تعنت هدم الحبس وان مضى شهرا ووقع عنده انه عاجز
اطلقه وهكذا روي عن محمد رح قوله ولو قامت البينة على افلاسه قبل المدة يقبل في
رواية وكيفية الشهادة على الافلاس حكي عن ابي القاسم انه قال ينبغي ان يقول اشهد
انه مفلس معدم لا نعلم له ما سوى كسوته التي عليه وثياب ليلته وقد اختبرنا امره في السر
والعلانية ولا يقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ رح قوله قبل المدة اي قبل المدة التي
ذكرناها من تقدير القاضي رح او تقدير الطحاوي او غيرهما وفي الذخيرة فان اخبر عن عسرته عدل
قبل الحبس واحتاط له او اثنان او شهد بذلك شاهدان فعن محمد رح فيه روايتان في رواية
قال لا يحبسه وبه كان يفتي الشيخ الامام الاجل ابو بكر محمد بن الفضل رح وهو قول اسماعيل بن
حماد بن ابي حنيفة رح وهكذا قال نصير بن يحيى رح وقال ابو بكر الاسكاف وعليه عامة مشايخ ما
وراء النهر رح ان القاضي يحبسه ولا يلتفت الى هذه البينة وهذا لان البينة على الاعسار
بينة على النفي فلا تقبل الا اذا تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت بمؤيد وبعدما حبس
ومضت عليه مدة فقد تايدت بمؤيد وقبل الحبس ما تايدت بمؤيد وبعدما حبس لان
الظاهر انه لو كان قادرا على قضاء الدين لما تحمل مرارة الحبس قوله في الجامع الصغير رجل
اقر بدين عند القاضي فانه يحبسه ثم يسأل عنه آه وانما ذكر لفظ الجامع الصغير هنا
لان رواية الجامع الصغير تخالف من حيث الظاهر ما ذكر في اول هذا الفصل انه اذا ثبت
الدين على المدعى عليه بالاقرار لا يحبسه في اول الوهلة بخلاف ما اذا ثبت الدين بالبينة وما

ذكر

ذكر في الجامع الصغير يقتضي جواز الحبس متصلا بالاقرار حيث قال يحبسه ثم يسأل عنه فثبت
التناقض بين الروايتين فذكر لفظ الجامع الصغير كما هو ثم ذكر تاويله بقوله ومراده اذا
اقر عند غير القاضي آه ازالة للتناقض الثابت من حيث اللفظ قوله والحبس وكلا ومدة الى
اي فيما الحبس وكلا ومدة فلا نعيدها هنا قوله ولا يحبس والد في دين ولده وكذا الام
والجد والجدة ويحبس الوالد في نفقة ولده وفي الذخيرة فكل من اجبر على النفقة
فاني احبسه ابا كان او اما او جدا او جدة او زوجا لان في ترك الانفاق عليهم سعيا في
اهلاكهم ويجوز ان يحبس الوالد لقصد اتلاف الولد قوله لسقوطها بمضي الزمان اي
لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان اما الدين لا يسقط بمضي الزمان فافترقا في حكم حق
هذا الحكم نفقتهما فحق الحبس انتهى والله اعلم باب كتاب القاضي الى القاضي
قال ويقبل كتاب القاضي الى القاضي في الحقوق اي في الحقوق التي تثبت مع الشبهة بقيد بالحقوق
لما في الاعيان المنقولة اختلاف اذا شهدوا على الباقي المفقود عنده اي عند القاضي المكتوب
اليه قوله للحاجة على ما نبين وهو ما ذكر بعده وجوازه لمساس الحاجة لان المدعي قد
يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه ولا يندفع الحاجة بالشهادة على الشهادة لما ان
اكثر الناس يعجزون عن اداء الشهادة على الشهادة على وجهها ثم يحتاج بعد ذلك
الى معرفة عدالة الاصول ويتعذر معرفة ذلك في تلك البلدة فيقع الحاجة الى نقل شهادتهم
بالكتاب فان شهدوا على خصم حكم بالشهادة بوجود الحجة وبقيد حكمه بقوله المراد من الخصم
هنا الوكيل عن الغائب والمسخر الذي جعل وكيلا لاثبات الحق عليه وان لم يكن وكيلا في
الحقيقة اذ لو كان المراد بالخصم هو المدعى عليه بنفسه لما احتيج الى كتاب القاضي الى
القاضي الآخر لان حكم القاضي قد تم بعد ان تمكن الخصم هو المدعى عليه وان تكون
مراده بيان ان هذا الكتاب هو المعروف سجلا لانه يكتب الى قاض آخر او كان المدعى عليه
سبعا فاراد المدعي على الرجوع على بايعه وهو في بلدة اخرى فطلب من القاضي ان يكتب
بحكمه الى قاضي تلك البلدة قوله ويقبل في الحقوق يندرج تحته الدين قوله والنكاح فان قيل
الاشارة في باب النكاح شرط وكتاب القاضي الى القاضي فيما يحتاج الى الاشارة لا يجوز قيل
له الاشارة الى الخصم شرط وهو الرجل او المرأة وهو ليس بمدعى انما المدعى شيء آخر فصار
النكاح نظير الدين فان الدين في الذمة والاشارة الى الذمة شرط ومع هذا جاز كتاب
القاضي فيه كذا هذا قوله والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة انما قيد الامانة والمضاربة
بالمجحودة ليكونا بمنزلة الدين اذ لو لم تكن مجحودة لكان من جملة الاعيان المنقولة ولا
يقبل كتاب القاضي فيها قوله ثم ابطل تعريفه في مختصره وهي ان يقيم المدعي البينة انه
كان له عبد فلان وهو اليوم في يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه

وثيقة والعلامات التي حليتها فاذا كتب وختم على ما يحكي بعد ورد الكتاب على المكتوب اليه احضر
القاضي المدعى عليه والعبد وبلغ الكتاب ونظر في العبد وفي الكتاب فان وافق حلية العبد
ما في الكتاب ختم في عنق العبد بالرصاص ودفعه الى المدعي من غير ان يقضي له بالملك واخذ منه
كفيلا وامره بان يذهب به الى القاضي الكاتب فاذا ذهب به اليه امره القاضي الكاتب باعادة
البينة على ان هذا العبد بعينه ملكه فاذا اعاد يقضي القاضي الكاتب له ثم يكتب الى قاضي
تلك البلدة ان يبرئ كفيله وفي بعض الروايات عن ابي يوسف رح ان القاضي لا يقضي بالعبد
للمدعي لان الخصم غائب ولكن يكتب كتابا آخر الى قاضي المكتوب اليه ويكتب فيه ما جرى عنده
ويشهد شاهدين على كتابه وختمه وما فيه ويبعث بالعبد معهم اليه حتى يقضي له بالعبد
بحضرة المدعى عليه فاذا وصل الكتاب اليه فهو يفعل كذلك ويبرئ الكفيل وكتاب القاضي
الى القاضي في الجواري كذلك غير ان القاضي المكتوب اليه لا يدفع الجارية الى المدعي
لكن يبعث بها معه على يد امين لانه لو دفعها اليه لم يمتنع من وطئها وان كان امينا في
نفسه لانه يزعم انها مملوكة وعن محمد رح انه يعمل في جميع ما ينقل وعليه المتاخرون وقال
الشيخ الامام القاضي المنتسب الى اسبيجاب عليه الفتوى **قوله** بخلاف كتاب الاستئمان من
اهل الحرب فانه ليس بملزم لان كتاب ملك الحرب ليس بملزم فان الامام بالخيار ان شاء اعطى
الامان وان شاء لم يعط فلا يشترط البينة **قوله** ونسلمه اليهم الى الشهود وعمل القضاة
اليوم انهم يسلمون المكتوب الى المدعي وهو قول ابي يوسف رح وهو اختيار الفتوى على
قول شمس الائمة رح وعلى قول ابي حنيفة رح يسلم المكتوب الى الشهود كذا ذكره في النهاية رح
قال كذا وجدت بخط شيخي رح **قوله** لانه للنقل لا للحكم وهذا لان الشهادة في حق الكاتب
للنقل فلا يحتاج فيه الى حضرة الخصم وفي حق المكتوب اليه للحكم فلا بد من حضرة الخصم
لانه بمنزلة اداء الشهادة عليه او لان ذلك في معنى الشهادة على الشهادة فان القاضي
الكاتب ينقل الفاظ الشهود بكتابه الى القاضي المكتوب اليه كما ان الشاهد الفرع ينقل
شهادة الاصل بعبارته ثم لا يسمع الشهادة على الشهادة الا بمحضر من الخصم فكذا هنا
قوله ربما يحتاج الى زيادة الشهود لعدم ظهور عدالة هؤلاء ولعله يمكن اقامتها اذا كان
الخصم باقيا **قوله** حتى مات او عزل قبل وصول الكتاب لا يعمل به في الذخيرة واذا مات
القاضي الكاتب قبل ان يصل الكتاب الى المكتوب اليه لا يعمل عندنا وقال ابو يوسف رح و
هو قول الشافعي رح يعمل وكذلك الجواب فيما اذا مات بعد وصول الكتاب اليه قبل
القراءة لان وجوب القضاء على المكتوب اليه انما يكون عند القراءة فقبل القراءة لم يكن
النقل تاما فيبطل بالموت فاما اذا مات بعد وصول الكتاب والقراءة فان المكتوب اليه
يعمل به هكذا ذكره في ظاهر الرواية **قوله** بخلاف ما لو كتب ابتداء اي كتب من فلان بن فلان

قاضي

قاضي بلد كذا الى من يصل كتابي هذا من قضاة المسلمين فانه لا يجوز عند ابي حنيفة ومحمد رح و
ابي يوسف رح يجوز فوسع فيه لما ابتلي بالقضاء ولهما ان اعلام المكتوب اليه شرط
ولا يحصل الاعلام بهذا **فصل** آخر ويجوز قضاء المراة في كل شيء الا الحدود والقصاص
اعتبارا بشهادتها وقد مر الوجه وهو ما قال في الكتاب لان حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة
لان كل واحد منهما من باب الولاية **قوله** ولا كذلك القضاء لان القضاء غير موقت اي لا يفوت
بتاخيره عند العذر والجمعة موقتة تفوت بتاخيرها عند العذر اذا لم يستخلف من ولاه لما
امر به لانه مع علمه انه قد يعجز عن ذلك لعارض يمنعه من ادائها في الوقت فقد صار راضيا باستخلافه
قوله او قضى الثاني اي بغير اذن الاول فاجاز الاول كما في الوكالة فان الوكيل اذا وكل غيره ولم ياذن
له الموكل في ذلك ففعل وكيله بحضرته او بغير حضرته واجاز الوكيل الاول جاز لان المقصود حضور
رأي الاول وقد وجد **فان قيل** الاجازة في الانتهاء كالاذن في الابتداء فلما ذكر في الابتداء
قلنا الخليفة رضي بقضاء حضره راي القاضي وقت نفوذه اما الحكم الذي اذن له القاضي
في الاستيفاء قضاء ثم حضره راي القاضي وقت نفوذه ولهذا علق اجازة القاضي في الاستيفاء
لم يعمل اذنه في الاستيفاء واذا فوض اليه ذلك اي الاستخلاف بان قال له الخليفة ول من شئت
كان له ان يولي غيره ويصير الثاني نائبا عن الاصيل اي الخليفة حتى لا يملك القاضي الاول عزله
ولا ينعزل بموته الا ان يقول له الخليفة انما رضي بتصرفه لامانته وامانات الناس تتفاوت في
ذلك ولهذا قلنا ان الوكيل لا يملك التوكيل ولا يلزم على ما ذكرنا الوصي فانه يملك التفويض الى
غيره توكيلا وايصاء لانا نقول ان اوان وجوب الوصاية ما بعد الموت وثمه يعجز الوصي عن
الرجوع على موجب الوصاية ولا يمكنه الرجوع الى الموصي فيكون الموصي راضيا باستعانته من
غيره ولا يلزم وكيل المضارب في الشراء بمال المضاربة حيث ينعزل بموت المضارب ولا ينعزل
وكيل الوكيل بموت الاول لان المضارب بمنزلة رب المال من وجه ولهذا لم يملك رب المال النهي
عن التصرف في مال المضاربة بعدما صار مال المضاربة عروضا ولا كذلك الوكيل الاول **قوله** الا
ان يخالف الكتاب كما اذا قضى قاض بشاهد ويمين فانه يخالف الكتاب لانه نص فاستشهدوا
شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان وقيل هذا انما يكون بعض الحكم عليه
لانه قال الخلاف دليل ان لا يكون ثابتا ولا يشتد على الادنى والسنة اي المشهورة منها كالحكم بثبوت
الحل بنفس العقد بدون الوطئ فانه يخالف الحديث المشهور وهو حديث امراة رفاعة حتى تذوقي
من عسيلته وهو من ذوق عسيلتك او الاجماع كالحكم بحل متروك التسمية عامدا فانه
مخالف لما اتفقوا عليه في الصدر الاول فكان قضاؤه بخلاف الاجماع **قوله** وما اجمع عليه
الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف لا اختلاف والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول
بجواز بيع الدرهم بالدرهمين لا يعتد بالخلاف فيه يحكى عن ابن عباس رض وقد انكر عليه الصحابة

Copyright © King Saud University

ذلك فلا يعتبر خلافه لرد الجمهور **قوله** وفي الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه وفي رواية الجامع الصغير ان الذي قضى به القاضي يحكم فيه بين الفقهاء والقاضي الآخر يرى غير ذلك ومع ذلك امضاه ولم يكن هذه الفائدة في تلك القدوري ولهذا جمع بين الروايتين وهذا دابه في امثاله **قوله** والاصل ان القضاء متى لاقى محل الاجتهاد ينفذ ولا يرد عليه فقد صح عن عمر رضي الله عنه لما اكثر خصومة لم يرد تلك القضايا الاولى فاختصم اليه رجلان في شيء فقضى لاحدهما ثم لقي عمر رضي المقضي عليه فقال عمر رضي ليس هنا نص والراي مشترك وروي عن عمر رضي انه قضى في حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له في ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضي **قوله** ولان اجتهاد الثاني كالاول والاول تايد باتصال القضاء الاول فلا ينقض باجتهاد لم يتايد به لانه يعرض القضاء حق الشرع فيجب صيانته ومن صيانته ان لا ينقض ولا يعترض عليه **قوله** فلو قضى في المجتهد فيه مخالفا لرايه ناسيا لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رح وان كان عامدا ففيه روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطا بيقين ووجه عدم النفاذ انه زعم فساد قضائه فيعمل في حقه بزعمه وعندهما لا ينفذ في الوجهين لانه قضى بما هو خطا عنده وعليه الفتوى وفي الجامع الصغير اذا قضى في محل الاجتهاد وهو لا يعلم ذلك بل يرى خلافه ينفذ عند ابي حنيفة رح وعليه الفتوى وفي الفصول نقلا الى المحيط والذخيرة واذا قضى القاضي في فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم بذلك اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا ينفذ قضاؤه وعامتهم على انه لا يجوز وانما ينفذ اذا علم بكونه مجتهدا فيه قال شمس الائمة السرخسي رح هذا هو الظاهر من المذهب **قوله** وفيما اجتمع عليه الجمهور لا يعتبر بمخالفة البعض وذلك خلاف وليس باختلاف يقال الجمهور الناس اي اجلهم واكثرهم يعني ان الاجماع ينعقد باجتماع اكثر اهل الاجتماع على حكم وان كان الاقل خالفوهم لان العبرة للكثرة هنا بظاهره يخالف ما ذكر في نسخ اصول الفقه ان الاجماع لا ينعقد لمخالفة البعض وان كان المخالف واحدا حتى انهم اختلفوا في اجماع سبقهم فيه مخالف قال بعضهم هذا لا يكون اجماعا لان ذلك المخالف لو كان حيا حال ما ينعقد الاجماع من سواه اجماعا فكذلك اذا كان ميتا لان اعتبار قوله لا يبطل بالحوت وموته لا يبطل دليله كذا في التقويم وعند بعضهم ينعقد ونص فيه على ان الاجماع لا ينعقد اذا كان المخالف حيا وان كان واحدا وذكر شمس الائمة السرخسي رح في اصول الفقه وكان الكرخي رح يقول شرط الاجماع ان يجتمع علماء العصر على حكم فاما اذا اجتمع اكثرهم على شيء وخالفهم واحد او اثنان لم يثبت حكم الاجماع وهو قول الشافعي رح لان النبي عليه السلام قال اصحابي كالنجوم بايهم اقتديتم اهتديتم فلا بد من التوفيق بين المذكور في نسخ اصول الفقه وبين المذكور هنا ووجهه ان المذكور في تلك النسخ فيما يسوغ للمخالف الاجتهاد فيه ولم ينكروا عليه والمذكور هنا فيما لم يسوغ له الاجتهاد وانكروا عليه ويؤيد ذلك ما ذكرنا ما قال شمس الائمة السرخسي رح في اصول

العقد

العقد والاصح عندي ما اشار اليه ابو بكر الرازي رح ان الواحد اذا خالف الجماعة فان سوغوا له ذلك الاجتهاد لا يثبت حكم الاجماع بدونه وذلك بمنزلة خلاف ابن عباس رض للصحابة رض في زوج وابوين وامراة وابوين ان للام ثلث جميع المال فانهم سوغوا له الاجتهاد وان انكروا عليه قوله فانه يثبت حكم الاجماع بدونه وذلك بمنزلة قول ابن عباس رض في حل التفاضل في اموال الربوا فان الصحابة رض لم يسوغوا له هذا الاجتهاد حتى انه رجع الى قولهم وكان الاجماع ثابتا بدونه **قوله** والمعتبر الاختلاف في الصدر الاول وقال في الذخيرة وانما اعتبر الخلاف فيه الخلاف بين المتقدمين والمراد من المتقدمين الصحابة ومن بعدهم من السلف ولم يعتبر الخلاف بيننا وبين الشافعي رح والعبرة لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه وفي الملتقى يشير الى ان العبرة لاشتباه الدليل لا لحقيقة الاختلاف في صيرورة المحل مجتهدا فيه الا ترى ان القاضي لو قضى بابطال الطلاق المكره نفذ قضاؤه لانه قضاء في فصل مجتهد فيه لانه موضع اشتباه الدليل لان اعتبار الطلاق بسائر التصرفات ينفي حكمه وكذلك لو قضى في حد او قصاص بشهادة رجل وامراتين ثم رفع الى قاض آخر يرى خلاف ذلك فانه ينفذ قضاؤه ولا يبطله وليس طريق نفاذ قضاء الاول في هذه الصورة حصوله في محل مختلف فيه لانه لم يبلغنا الاختلاف فيه وانما طريق نفاذ القضاء حصل في موضع اشتباه الدليل لان المراة من اهل الشهادة وظاهر قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامراتان يدل على قبول شهادة النساء مع الرجال مطلقا نظرا الى اللفظ وانه ورد في باب المداينة الا ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب لم يرد نص قاطع في ابطال شهادة النساء مع الرجال في هذه الصورة ولو قضى بجواز النكاح بغير الشهود ينفذ قضاؤه لان المسالة مختلف فيها فان مالكا وعثمان كانا يشترطان الاعلان لا الشهادة حتى لو حصل الاعلان بحضور الصبيان والمجانين يصح النكاح وقد اعتبر كل منهما لان الموضع موضع اشتباه الدليل لان اعتبار النكاح بسائر التصرفات يقتضي ان لا يشترط الشهادة **قوله** وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريمه فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رح فمن صور التحريم ما اذا ادعت المراة على زوجها انه طلقها ثلاثا واقامت على ذلك شهود زور وقضى القاضي بالفرقة بينهما وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة فعلى قول ابي حنيفة رح وهو قول ابي يوسف رح الاول لا يحل للزوج الاول وطيها ظاهرا او باطنا ويحل للزوج الثاني ظاهرا وباطنا ويحل علم بحقيقة الحال ان الزوج الاول لم يطلقها او كان الزوج الثاني احد الشاهدين او لم يعلم بحقيقة الحال او كان اجنبيا واما على قول ابي يوسف رح الآخر وهو قول محمد رح لا يحل للثاني وطيها اذا كان عالما بحقيقة الحال لان الفرقة عندهما لم تقع باطنا وان لم يعلم بحقيقة الحال له وطيها ويحل للاول وطيها على قول ابي يوسف رح الآخر لا مع انه لم تقع الفرقة عنده باطنا لانه لو فعل ذلك كان زانيا عند الناس فيحد فيه وذكر شيخ الاسلام رح ان على قول

Copyright © King Saud University

ابو يوسف رح الآخر يحل للاول وطيها سرا وعلى قول محمد رح يحل للاول وطيها ما لم يدخل بها الثاني
الآن لا يحل للاول وطيها سواء كان يعلم بحقيقة الحال او لم يعلم ومن صور الاحلال لو ادعى
على امراة نكاحها وهي تجحد واقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل
للرجل وطيها وحل للمراة التمكين عند ابي حنيفة وابو يوسف رح في قوله الاول وعند محمد وابو يوسف
رح في قوله الآخر لا يحل لها ذلك وهو قول زفر والشافعي رح ويعني بالنفاذ ظاهرا ان يسلم
المراة الى الرجل ويقول سلمي نفسك اليه فانه زوجك وبالنفاذ باطنا ان يحل له وطيها ويحل
لها التمكين فيما بينهما وبين الله تعالى لهم ان شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء بها
ظاهرا لا باطنا لان القضاء انما ينفذ بقدر الحجة وشهادة الزور باطلة فكيف ينفذ باطنا فصار
كما لو كان الشهود كفارا او عبيدا او محدودا في قذف والشهود لم يعلم حالهم والقاضي لا يعلم
فان قضاءه ينفذ ظاهرا لا باطنا وكما لو قضى بنكاح منكوحة الغير ومعتدة الغير بشهود الزور
فانه ينفذ ظاهرا لا باطنا اجماعا وله ان القضاء اظهار لعقد سابق لا انشاء عقد ثان
ولا تقدم العقد اقتضاء ضرورة صحة الاظهار ليقطع المنازعة بينهما من كل وجه اذ لو لم
يثبت الحل بينهما بالجماع يكون هنا مهيجا للمنازعة بينهما لا قاطعا **فان قيل** لو كان قضاء
متضمنا انشاء العقد سابقا فليشترط الشهود عند قوله قضيت **قلنا** قد قال شمس الائمة
السرخسي رح وغيره انه لا ينفذ باطنا عنده بقوله قضيت الا بمحضر الشهود وقيل يصح النكاح
بغير محضر منهم لانه انما يثبت مقتضى صحة قضائه في الباطن وما يثبت مقتضى صحة الغير لا
يشترط شرائطه كالبيع في قوله اعتق عبدك عني على الف درهم بخلاف ما اذا كان الشهود كفارا
او عبيدا او محدودين في قذف لان الوقوف على هذه الاشياء ممكن فلم يصر شهادة هولاء حجة من
كل وجه فاعتبر حجة ظاهرا والوقوف على حقيقة الصدق متعذر فينبني الامر على كون الشهود
صدقة عنده **قوله** اذا كان الدعوى بسبب معين بان ادعى جارية بسبب الشراء من رجل او
ادعى على امراة نكاحا اما اذا ادعى ملكا مطلقا بان ادعى جارية بانها ملكه ولم يذكر السبب
اقام على ذلك بينة وقضى بها له لا يحل له وطيها بالاجماع لان الملك لا يثبت من سبب لان بعض
الاسباب اولى من البعض لتزاحمها اذ الملك يثبت تارة بالشراء واخرى بالارث وغيره ولا
يمكن اثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء واثبات الملك مطلقا بلا سبب ليس
في وسع العباد وفيما النكاح او الشراء يقدم النكاح او الشراء اقتضاء تصحيحا للقضاء وللقاضي
ولاية على ان يملكه بذلك السبب في الجملة فينفذ قضاؤه باطنا وفي الهبة والصدقة روايتان عن ابي
حنيفة رح وفيما اذا ادعى شراء الجارية باقل من قيمتها بغبن فاحش قال بعضهم لا ينفذ باطنا لانه
لم يقدر على عقد دالين وقال بعضهم ينفذ باطنا عنده كما في ساير المبادلات **قوله** ولا يجعل
للاقرار والانكار من الخصم بينة وجه القضاء **فان قيل** لو حضر الخصم ولم ينكر وسكت يسمع

علم

علم البينة مع ان سكوته يحمل على الاقرار **قلنا** لان القاضي مع البينة عند الانكار وجعل سكوته عن
اليمين اقرارا للقضاء او بدلا للحق **قوله** لان احكامهما مختلفة اي احكام القضاء مع البينة
عند الانكار واحكام القضاء مع الاقرار وان حكم القضاء مع الاقرار ثم بالبينة يقع على الناس
كافة على الاصل الى الاقتصار في الحال وحكم القضاء بالاقرار بخلافه بيانه رجل اشترى جارية
فولدت عنده فاستحقها رجل بالبينة فانه ياخذها وولدها وان اقر بها لم ياخذ ولدها لان البينة
حجة مطلقة كاسمها بينة فيظهر ملك الجارية من الاصل فيكون الولد متفرعا عن جارية
مملوكة للمستحق ولهذا يرجع الباعة بعضهم على بعض بخلاف الحكم بالاقرار فانه حجة قاصرة لعدم
الولاية على الغير ولهذا لا يرجع الباعة بعضهم على بعض **قوله** ومن يقوم مقامه اي قوله في
اول المسئلة الا ان يحضر من يقوم مقامه فالمراد منه ان يكون نائبا كوكيله او نائبا شرعا كالوصي
من جهة القاضي وفي المسخر من جهة القاضي اختلاف الروايتين وفي الذخيرة اذا نصب القاضي
مسخرا عن الغايب ليسمع البينة لا يجوز ولو حكم عليه لا يجوز حكمه عليه وتفسير المسخر من جهة القاضي
ان ينصب القاضي وكيلا عن الغايب ليسمع الخصومة عليه **قوله** وقد يكون حكما اي من يقوم مقامه
من حيث الحكم بان كان ما يدعي على الغايب سببا لما يدعيه على الحاضر اي سببا لا محالة كما اذا ادعى
دارا في يدي رجل انها داره اشتراها من فلان الغايب وهو يملكها وانكر ذو اليد وقال الدار
داري واقام المدعي بينة على دعواه قبلت بينته واذا تم يكون ذلك قضاء على الحاضر والغايب
وينتصب الحاضر خصما عن الغايب لان ما يدعي على الغايب هو الشراء منه سبب لثبوت ما
يدعي على الحاضر لان الشراء عن المالك سبب له لا محالة وكما اذا ادعى على رجل انه كفل عن
فلان بما ذاب له عليه واقر المدعى عليه بالكفالة وانكر الحق فاقام المدعي البينة انه ذاب له على
فلان الف درهم فانه يقضي بها في حق الكفيل الحاضر وفي حق الغايب جميعا حتى لو حضر الغايب
وانكر لا يلتفت الى انكاره وكما اذا ادعى الشفعة في دار انسان وقال لذي اليد الدار داري ما اشتريتها
من احد فاقام المدعي البينة ان ذا اليد اشترى هذه الدار من فلان بالف درهم وهو يملكها وانا
شفيعها يقضي بالشراء في حق ذي اليد والغايب جميعا اما اذا لم يكن سببا لا محالة لا ينتصب
الحاضر خصما عن الغايب كما اذا قال للامراة رجل غايب ان زوجك وكلني بان احملك اليه فقالت
المراة انه كان طلقني ثلثا واقامت على ذلك بينة قبلت بينتها في قصر يد الوكيل منها لا في حق
اثبات الطلاق على الغايب حتى لو حضر الغايب وانكر الطلاق فالمراة يحتاج الى اعادة البينة
لان المدعى على الغايب وهو الطلاق ليس بسبب لثبوت ما يدعي على الحاضر وهو قصر يد
الوكيل لا محالة ان لم يكن وكيلا بالحمل قبل الطلاق وقد يوجب بان كان وكيلا بالحمل قبل الطلاق وكان
المدعى على الغايب سببا لثبوت المدعى على الحاضر من وجه دون وجه فقلنا انه يقضي بقصر اليد
ولا يقضي بالطلاق فعملنا بهما **قوله** اما اذا كان شرطا لحقه فلا معتبر في جعله خصما عن الغايب هذا

لا يقال بان الطلاق في حق قصر اليد لا يوجب بطلان الوكالة م

قول عامة المشايخ رحمهم الله وعلى قول بعض المتأخرين منهم فخر الاسلام علي البزدوي وشمس الاسلام محمود
الاوزجندي رحمه الله فالشرط اشتراطا ايضا كما للسبب لان دعوى المدعي كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط
ايضا وصورته رجل قال لامرأته ان طلق فلان امرأته فانت طالق ثم ان امرأة الحالف ادعت على الحالف
ان فلانا طلق امرأته وفلان غائب فاقامت البينة لا تقبل منها هذه البينة ولا يحكم بوقوع الطلاق عليها وقيل
انه عند بعض المتأخرين يقبل هذه البينة هذا اذا كان شرطا فيه ضرر الغائب اما اذا كان شرطا لا
يتضمن ضررا كما لو قال لامرأته ان دخل فلان الدار فانت طالق ثم ان المرأة اقامت البينة ان فلانا
دخل الدار وفلان غائب يقبل هذه البينة ويحكم بوقوع الطلاق عليها **قوله** ويقرض القاضي اموال اليتامى
ويكتب ذكر الحق وان اقرض الوصي ضمن والفرق ان القرض تبرع ابتداء معاوضة انتهاء لما انه قطع الملك
عن العين ببدل في ذمة المفلس لان الاستقراض في العادة ممن هو مفلس ولهذا جعل محل الصدقة
ويرد حملها في الثواب لزيادة الحاجة هنا فاعتبر معاوضة في حق القاضي لان البدل مأمون التوى
باعتبار علم القاضي وتمكنه من الاسترداد متى شاء لما له من الولاية وتبرعا في حق الوصي والاب
في اصح الروايتين لانه لا يتمكن من الاسترداد ربما يجحد المستقرض ولا يجد شهودا او لا يقدرون على
اداء الشهادة ولو وجد فما كل بينة معدلة ولا كل قاض يعدل وفي الجثو بين يدي القاضي ذل
وصغار فكان امرا مبهما فلهذا لا يملكانه وكذا يملك اقراض مال الغائب والاب بمنزلة القاضي
في رواية لان ولاية الاب تعم المال والنفس كولاية القاضي وشفقته تمنع عن ترك النظر له
الظاهر انه يقرض ممن يأمن جحوده وان اخذ الاب قرضا لنفسه قالوا يجوز نص عن الحسن عن ابي حنيفة
رحمه الله انه قال ليس للاب ان يستقرض مال الصغير لنفسه ثم فرع عليه الخصاف في ادب القاضي فقال
ينبغي للقاضي ان يتفقد احوال الذين اقرضهم مال اليتيم لو اختل احد منهم اخذ المال منه لان
القاضي وان كان له استرداد المال شرعا لكن يمكنه من الاسترداد من الموسر دون المعسر الا ترى
ان المستقرض لو كان معسرا في الابتداء لا يجوز له ان يقرضه مال اليتيم وكذا لا يترك المال على
المفلس ايضا **باب التحكيم** **قوله** واذا حكم رجلان رجلا فحكم بينهما ورضيا بحكمه جاز
الاصل فيه قوله تعالى وان خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من اهله وحكما من اهلها ان يريدا
اصلاحا يوفق الله بينهما والمراد منه تحكيم الزوجين لاختيار المقام او لاختيار الفرقة والصحابة
رضي الله عنهم كانوا مجمعين على جواز التحكيم **قوله** ولكل واحد من المحكمين ان يرجع **فان قيل** التحكيم
يثبت باتفاقهما فينبغي ان لا يصح الاخراج الا باتفاقهما **قلنا** اذا لم يرض احدهما بهذا التحكيم فلا
يبقى التحكيم كما لا يثبت ابتداء بلا رضاه **قوله** وان خالفه فباطل لان لهما ولاية على انفسهما
وليس لهما ولاية على القاضي وقد كان للقاضي رأي في هذه الحادثة لو رفعا اليه فلا يبطل رأيه
بحكم الحكم **قوله** ولا يجوز التحكيم في الحد ودم القصاص لان حكم الحكم بمنزلة الصلح
فكما لا يجوز استيفاؤه بالصلح لا يجوز التحكيم فيه وما لا فلا والحد والقصاص لا يجوز استيفاؤهما

بالصلح

بالصلح فلا يجوز التحكيم فيهما وفي الذخيرة ويجوز التحكيم في القصاص هكذا ذكر في صلح الاصل وفي
كتاب الاقضية لان القصاص من حقوق العباد فيهما يملكان الاستيفاء بانفسهما فيملكان التفويض
الى غيرهما قياسا على سائر حقوق العباد وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز **قوله** وتخصيص الحد ودم
القصاص يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات نحو الكنايات بانها رواجع والطلاق المضاف
وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال يحتاج الى حكم المولى دفعا لتجاسر العوام **قوله** وفي الفتاوى
هو حديث سهل بن مالك ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الا اولياء قوموا ابنه **قوله** ولو اخبر
باقرار احد الخصمين يعني لو قال الحكم بينهما لاحدهما قد اقررت عندي لهذا بكذا وكذا او قامت
عندي عليك بينة لهذا بكذا وكذا فعدلوا عندي وحكمت بهذا عليك وانكر المقضي عليه ان يكون
اقر عنده بشيء او قامت البينة عليه بشيء لم يلتفت الى قوله ومضى القضاء عليه وهذا لان الحكم
ملك انشاء الحكم بذلك فملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه للانسان قضيت عليك
لهذا باقرارك او ببينة قامت عندي على ذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي
عليه فكذا هنا الا ان يخرج من الحكم او يعزله عنه قبل ان يقول قد حكمت عليك ثم قال الحكم بعد
ذلك لم يصدق **مسائل شتى** من كتاب القضاء **قوله** ان يبني على علوه اي يبني
زيادة على ما كان قوله قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي حنيفة رحمه الله انما يمنع صاحب السفل عن ان
يتد فيه وتدا وان ينقب فيه كوة لان صاحب العلو يتضرر به ولو لم يتضرر به لا يمنع كما هو
قولهما وكان جواز التصرف لكل واحد منهما فيما لا يتضرر به الاخر فصار مجمعا عليه **قوله** يتعلق
به حق محترم اي يتعلق بالسفل حق صاحب العلو وهو حق البناء فيكون المانع راجحا وهذا
لان بالمنع تفوت المنفعة دون العين وبالاطلاق تفوت حق صاحب العين في العين و
المنفعة جميعا وكان ضرر الاطلاق راجحا **قوله** على انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو اشارة
الى ان القياس قول ابي حنيفة رحمه الله موجب منعه **قوله** واذا كانت زائغة مستطيلة وهي غير
نافذة اي الزائغة الثانية المشعبة ولا فرق في الاول بين ان يكون نافذة وغير نافذة في ان لا حق
لاهلها في المشعبة بخلاف ما اذا كانت المشعبة نافذة لان المرور فيها حق العامة فلاهل
الاول فتح الباب فيها وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله سكة طويلة غير نافذة في سفلها من جانب
اليمين او الشمال سكة طويلة غير نافذة فليس لاحد من اهل السكة ان يفتح بابا على احد من
الوقيعة لانه للحق لحقها **قوله** ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بتركيب الباب لانه اذا فعل ذلك
تقادم العهد ربما يدعي بتركيب في الطريق في تلك الزائغة ويستدل على ذلك بالباب المركب وكونه
لعوله قوله من هذا الوجه فيمنع منه **قوله** ومن ادعى في دار دعوى وانكرها الذي في يديه ثم صالحه
منها من جانب ذكر في بعض الشروح الجامع الصغير وانما يصح الصلح اذا كان المدعي معلوما بان ادعى
ثلثا او ربعا ونحو ذلك فاما اذا ادعى دعوى ولم يبين ان المدعى ثلث او ربع او نحو ذلك

Copyright © King Saud University

لا يصح الصلح لان الصلح انما يصح لافتداء اليمين وللافتداء انما يكون اذا توجهت اليمين واليمين انما
يتوجه اذا صحت الدعوى واذا لم يصح فلا يكون الصلح افتداء فان ادعى حقا فيها فانما يصح الصلح
اذا ادعى اقرار صاحب اليد بالحق فيها حتى يصح الدعوى هكذا قيل الا ترى انه لو ادعى على
انسان شيئا لا يصح الدعوى ولو ادعى انه اقر له بشيء يصح الدعوى لجهالة المدعى في الاول دون
الثاني وقال بعضهم يصح الصلح وان لم يبين مقدار ما يدعى لان الصلح انما يصح لدفع الشغب
وقطع الخصومة وهذا المعنى يمكن تحققه في الدعوى الفاسدة لان الدعوى وان كانت
فاسدة فالمدعي يمكنه الان ازالة الفساد باعلام المدعى فيتحقق معنى الشغب والخصام وهذا
يندفع بالصلح ولهذا لو ادعى رجل نكاحا على امراة وهي تنكر فصالحته على مال جاز بالاتفاق
والله اعلم يستحلف عندنا خلافا لابي حنيفة رح قوله ومن ادعى على آخر دارا في يده حيل انه وهبها له في
وقت فسئل البينة فقال جحدني الهبة فاشتريتها منه واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي
يدعي فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل لظهور التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة لانه
قال جحدني الهبة فاشتريتها منه والفاء للتعقيب وهم يشهدون به قبله هذا هو التناقض
بين الدعوى والشهادة قوله ولو شهدوا به بعده يقبل لوضوح التوفيق بينهما بان ادعى
الهبة وشهدوا له بالشراء بعد الهبة يقبل لوضوح التوفيق لانه يمكنه ان يقول وهب
منه شهرا ثم جحد في الهبة فاشتريتها منه منذ اسبوع وهذه المسئلة تدل على ان التناقض
انما يمنع صحة الدعوى اذا لم يكن التوفيق اما اذا امكن فلا كما ذكر في الاقضية وذكر في بعض
ان التوفيق من المدعي شرط وفي المحيط قيل ما قالوا يوفق عند الدعوى المدعي قياس
وما قالوا لا يوفق بدون دعواه استحسان قوله ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة قبله
لم يقل جحدني الهبة فاشتريتها يقبل ايضا لانه وان على الشراء كانت الشهادة موافقة
للدعوى لانه ليس تناقض في الدعوى لان دعواه الهبة منه في وقت يكون اقرارا بانها كانت
مملوكة له في ذلك الوقت ثم دعواه الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الاقرار والرجوع
عن الاقرار لا يتمكن من اثبات الدار بالبينة واما دعواه الشراء بعد ذلك يقرر اقراره بالملك
له في ذلك الوقت فيتمكن من اثبات الدار بالبينة فان قيل ينبغي ان لا يقبل بينته في هذا
الوجه ايضا لانه ادعى شراء باطلا لانه ادعى شراء ما ملكه بالهبة قلنا اذا جحد الهبة يفسخ
فسخها اذ جحود ما عدا النكاح من العقود فسخ لها بخلاف النكاح لانه لا يحتمل الفسخ فانفسخ
الهبة في حق المدعي وتوقف الفسخ في حق الآخر على رضاه فاذا اقدم على الشراء منه فقد رضي
بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشتراها منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه
فيصح قوله وبمجرد العزم انكار لا يثبت الفسخ لانه جواب شبهة ترد وهي ان يقال كيف يثبت
الفسخ بعزم البايع على الفسخ وفسخ شيء من العقد ولا يثبت بمجرد العزم الا ترى ان من له

خيار

خيار الشرط اذا عزم بقلبه على فسخ العقد لا ينفسخ العقد بمجرد عزمه فاجاب ان العزم هنا اقترن بفعله
وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه كالاستخدام الا ترى ان من قال لآخر اجرتك هذه
الدابة يوما بكذا لتركبها الى مكان كذا فاخذها المستاجر وذهب بها ولم يركبها يكون ذلك قبولا
كذا هنا وذكر في المحيط ويقترن العزم على ترك الخصومة بالقلب عند بعضهم وقيل ان يشهد بلسانه
على العزم بالقلب ولا يكتفى بمجرد العزم قوله فيستبد بفسخه وفي الفوائد هذا فسخ من الاصل
لكونه مضطرا الى هذا الفسخ ويبتنى عليه مسئلة ذكرها في بيوع الجامع وهي ان الرجل لو اشترى
من رجل عبدا بالف درهم وتقابضا وباعه من آخر فجحد المشتري الآخر البيع فخاصمه المشتري الاول
الى القاضي ولم يكن له بينة فحلف المشتري الآخر وعزم على ترك الخصومة ثم وجد به عيبا كان عند البايع
الاول فاراد رده عليه فاحتج عليه البايع بدعواه البيع على الثاني فالقاضي يرده عليه وهذا
اذا عزم المشتري الاول على ترك الخصومة بعد تحليف الثاني اما اذا عزم على ذلك قبل تحليفه
فليس له ان يخاصم بالعيب في الرد بالعيب لانه غير مضطر في فسخ البيع الثاني بجحوده لانه متى حلفه
نكل فاعتبر بصاحبها في حق الثالث بخلاف النكاح فان الزوج اذا جحد النكاح فاستحلف
عندهما فحلف وعزمت المراة على ترك الخصومة لم يكن لها ان تتزوج بزوج آخر لان النكاح
لا يحتمل فكذا بهذا السبب بخلاف البيع قوله ومن اقر انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم
ادعى انها زيوف صدق اي وصل ام فصل وفي بعض النسخ اي نسخ الجامع الصغير اقتضى اي
مكان قبض قوله ولهذا لو تجوز بها في الصرف والسلم جاز وانما عينهما لان استبدال الشيء
بمقابلة الدراهم لا يجوز فيهما خاصة ولو لم يكن الزيوف من جنس الدراهم كان قبض مكان
الدراهم استبدالا بجنس آخر فيبطل عقدا الصرف والسلم كما يبطل عند قبض الستوقة قوله والزيف
ما يرده بيت المال اي يرده وفي المغرب زافت عليه دراهمه اي صارت مردودة عليه لغش فيها
وهذه زيفت اذا ردت وقيل هو دون النبهرج في الرداءة لان الزيف ما يرده بيت المال
والنبهرج ما يرده التجار وقيل النبهرج الدراهم الذي فيه فضة ردية وقيل الذي الغلبة
فيه للفضة وقيل استعير لكل ردي باطل ومنه نبهرج دمه اي ابطل السوق بالفتح اردا
من النبهرج وعن الكرخي الستوق عندهم ما كان الصفر او النحاس هو الغالب فيه
المسوط الستوقة كالفلوس فانه صفر مموه من الجانبين وقيل هو معرب سه طاقه اي
الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط صفر قوله بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد
او حقه او الثمن او استوفى لا يصدق فيه اذا ادعى الزيافة بعد ذلك لانه متناقض اما
الاول فظ وكذا في غيره لان حقه في الجياد وكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه
بقبض الجياد وكذا الاقرار بقبض الثمن والاستيفاء عبارة عن القبض بوصف التمام والكمال
عبارة عن قبض حقه وقيل في غير الجياد صدق موصولا وذكر الامام التمرتاشي فيه ان

جامعة الرياض قسم المخطوطات
Copyright © King Saud University

انه يقبض حقه او الجياد او بالاستيفاء ثم ادعى الزيافة لم يصدق لان الاستيفاء مستعمل في قبض
الحق وحقه جياد وقد اقر بقبضه وكذا لو اقر بقبض الدراهم ثم ادعى الزيافة وان وصل
فالقياس كذلك وفي الاستحسان يصدق لانه ادعى مجازا كلامه متصلا اي يقبضت حقي
دائما لا اصفه **قوله** بخلاف ما اذا قال اشتريت وانكر ان يصدقه لان الاقرار بالدين يرتد
برده المقر له وكذا الاقرار بالعين ولو صدقه ثم رده لا يرتد اما الاقرار بالبيع لا يرتد
برد المقر له ولو ان يصدقه بعد الرد لان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ فيرده رد
الفسخ البيع ولو صدق بعد ذلك والعقد قائم على تصديقه والعلامة النسفي رحمه ذكر في
الكافي وانكان في هذا الموضع فقال ذكر في الهداية ان احد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ
كما لا ينفرد بالعقد لانه حجة فيما ينفي العقد فيعمل التصديق وذكر قبله ولانه لما تعذر
استيفاء الثمن من المشتري فات رضا البائع فيستبد بفسخه والتوفيق بين كلاميه صعب
قلت لا تناقض بين كلاميه فيحتاج الى التوفيق لان مراده بقوله لان احد المتعاقدين لا ينفرد
بالفسخ فيما اذا كان الآخر على العقد مصرا كما اذا قال احدهما اشتريت وانكر الآخر
لا يكون انكاره فسخا اذ لا يتم به الفسخ وفيما اذا قال اشتريت مني هذه الجارية وانكر
فالمدعي للعقد هو البائع والمشتري ينكر العقد والبائع بانفراده مصر على العقد فيستبد
بفسخه ايضا **قوله** اما المقر له ينفرد برد الاقرار بخلاف ما لو اقر بسبب عيده لانسان فكذبه
المقر له ثم ادعاه المقر لنفسه حيث لا يثبت عندنا بجحده ره لان الاقرار بالنسب اقرار بما
لا يحتمل فلا يرتد برده **قوله** لان التوفيق فيه اظهر لان كلمة ليس لنفي الحال فصار كانه قال ليس
لك علي في الحال الذي قد قضيت حقك الا ترى انه لو صرح به يصح **قوله** فيما يعرض وكلامه
بالرضا به ولا نعرفه ثم نعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق فعلى هذا قالوا لو كان المدعى به
ممن يتولى الاعمال بنفسه لا يقبل بينته وقيل يقبل البينة على الابراء في هذا الفصل بالاتفاق
الروايات لان الابراء يتحقق بلا معرفة **قوله** وعن ابي يوسف رحمه انه يقبل اعتبارا بما ذكرنا
اي في الدين وهو انه يكون البائع وكيلا من المالك في البيع بكان الملك في قوله باعنيها
صادقا ثم المالك يجيزه عن مواته من كل عيب يكون مناقضا ونظير ما ذكره ابو يوسف
رحمه من التوفيق ما ذكره الامام التمرتاشي رحمه فقال اقام بينة على الشراء وهو البائع ينكر
ثم اقام البينة على ان المدعي قد رد المبيع على قبلت لا يبطل انكاره البيع البينة لانه يقول
اخذها مني بغير كان ثم استقلته فاقالني فاذا امكن الجمع بينهما جمع وذكر شيخ الاسلام
رحمه يجب ان يتناقض لانه زعم انه لم يبع ثم ادعى البيع والفسخ والجواب عنه انما يتحقق التناقض
اذا لم يمكن التوفيق بين الكلامين وقد امكن بان يقول لم ابع منه فسخ وانما باعه وكيلي
ثم فسخت البيع فيحمل عليه **فان قيل** انه فسخ انكاره بقضاء القاضي فصار مكذبا فلا يكون
مناقضا

المنكر

مناقضا كما اذا رد المشتري المبيع المعيب على البائع بقضاء حيث يكون له الرد على بائعه وان انكر
قيام العيب لانه صار مكذبا شرعا **قلنا** التناقض اذا كان مبناه على الخفاء لا يمنع صحة الدعوى
كالمختلعة تقيم البينة على الطلاق الثلث قبل الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة
اما الروج والمولى يستبدان ويمكن كذلك لجواز ان لا يكون المشتري مطلعا على العيب فانكر
بناء عليه ثم لما اقيمت البينة علم الآن فاراد الرد ولا كذلك هنا لان مبناه ليس على الخفاء
لانه ادعى فعل نفسه **فان قيل** يشكل بما اذا ادعى رجل على آخر ان له على فلان كذا وان هذا
كفيل عنه بامره فقضى القاضي عليه بالبينة بعد ما انكر فله ان يرجع على المكفول عنه بعد ما
ادى الى المدعي عنه ما حلف فالفرق لما انه مكذب شرعا فالتناقض ليس في محل الخفاء **قلنا**
انه انكر الكفالة دون الامر وهو منفصل عنها وانكارها لا يكون انكار الامر والرجوع باعتبار
وقد ثبت بالبينة وتادى عنه فاستوجب بناء عليه بخلاف مسئلتنا لان البراءة من كل عيب
لا يصح بدون البيع فانكار البيع انكار للبراءة فدعوى البراءة تناقض **قوله** ذكر حواشي
كتاب اقرار بدين ومن قام بهذا الذكر فهو على ما فيه يعني من اخرج هذا الصك فطلب
ما فيه من الحق فله ولانه ذلك **فان قيل** لما ذا يكتب هذا ولا يصح التوكيل على هذا الوجه
لانه توكيل المجهول والمجهول لا يصلح وكيلا **قلنا** الغرض من كتابة هذا اسقاط ولا امتناع
امتناع المديون عن استماع خصومة الوكيل فان التوكيل بغير رضاء الخصم لا يلزم عند
ابي حنيفة رحمه وعلى تقدير الرضاء هنا يلزم التوكيل **فان قيل** ان هذا رضاء بتوكيل المجهول
فيكون وجود هذا الرضاء وعدمه بمنزلة كالاقرار **قلنا** انما يصح الرضاء بالتوكيل لانه
اسقاط حقه مع الجهالة لان المقران لا يرضى بتوكيل المقر له لما يلحقه من الضرر وقد
اسقط حق نفسه واسقاط حقه مع الجهالة لان المقران لا يرضى بتوكيل المقر له لما
يلحقه جائز بخلاف الاقرار لانه اظهار لا اسقاط وقيل هذه المسئلة نوع لهذا الاصل وهو
ان الكلام لما كان محتاجا اليه ليكون حجة لمن اخرج هذا الصك وهذا الكلام لم يوجب
فصلا بين الاستثناء وصدر الكلام وعندهما حشو لا يحتاج اليه فكان فاصلا بين الاستثناء
وصدر الكلام **قوله** او كتب في شراء فعلى فلان خلاص ذلك وتسليمه اي لو كتب صك
الشراء وكتب في آخره فما ادرك فلانا فيه من ذلك فعلى فلان خلاص ذلك **فان قيل** هذا
الكلام لغو لان الكلام الخاص على فلان لانه ضامن الثمن وهو عليه شرط او لم يشترط
قلنا يكون اشتراطه تأكيدا وفيه تحرز عن قول ابن ابي ليلى لان عنده لا رجوع بدون
الشرط **قوله** ولو ترك فرجة اي بين ذكر الشراء وذكر الخلاص قالوا لا يلتحق به ويصير
كفاصل السكوت اذ الفرجة في الصكوك كالسكوت في النطق **باب** في القضاء
بالمواريث **قوله** تحكيما للحال كما هو في جريان ماء الطاحونة يعني اذا اختلفا الآجر والمستأجر

ر
ر
ر
ر
ر
ر
ر
ر
ر
ر
باب
ر

King Saud University
Copyright © King Saud University

في جريان ماء الطاحونة وانقطاعه بعد مضي مدة يجعل الحال حكما فيه حتى لو كان الماء جاريا في الحال
كان القول قول الاجر وهو رب الطاحونة وان كان منقطعا كان القول قول المستاجر قوله وما ذكره
تعبير للاستحقاق واللفظ يصلح للدفع للاستحقاق قوله فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال فالحاصل ان
المراة تمسك في هذه المسئلة بما تمسك به الورثة في المسئلة الاولى والورثة في هذه المسئلة
متمسكون بما تمسك به المراة في المسئلة الاولى غير انها متمسك في المسئلتين بالظاهر لاثبات
الاستحقاق والظاهر يكفي لدفع الاستحقاق لا للاثبات والورثة هم الدافعون جميعا في المسئلتين
فان قيل الماء اذا كان جاريا في مسئلة الطاحونة يجعل الماء حجة لصاحب الطاحونة حتى
يقضى بالاجر على المستاجر فقد تمسك بالحال لاثبات استحقاق الاجر قلنا انهم اتفقوا
على سبب الوجوب وهو العقد واختلفوا في التاكيد والظاهر حجة للتاكيد وابقاء
ما كان على ما كان وفي مسئلة الميراث اختلفا في وجود السبب وهو الزوجية مع اتفاقهما في
الدين عند الموت فلا يصلح الظاهر حجة يؤيده ما ذكر في المبسوط انه لو لم ينقض الاجارة حتى
عاد الماء لزمته الاجارة فيما بقي من الشهر وان كان يوما واحدا فلم يكن له ان ينقضها
لزوال العذر وتمكنه من الانتفاع فيما بقي من المدة نعلم انهما اتفقا على السبب الموجب في
الحال فان قيل هذا يشكل بمسئلة ذكرها محمد رح في الاصل اذا مات الرجل وترك ابنين
فقال احد الابنين مات ابي مسلما وقد كنت مسلما حال حيوته وقال الآخر صدقت وكنت
مسلما ايضا اسلمت حال حيوته وكذبه الابن المتفق على اسلامه وقال انما اسلمت بعد موت
الاب فالقول قول الابن المتفق على اسلامه ولم يجعل الحال حكما على اسلام الابن المختلف
في اسلامه فيما مضى مع قيام السبب في الحال وهو البنوة قلنا ما ذكرنا من الطريق
انما يصار اليه اذا اختلفا في الماضي في ثبوت ما هو ثابت في الحال اما اذا اتفقا في الماضي
على خلاف ما هو ثابت في الحال عينا بهما اختلفا في مقداره فلا يصار الى تحكيم الحال وان
كان السبب قائما الا ترى ان في مسئلة الطاحونة اذا اتفقا على الانقطاع من بعض مدة
الاجارة بان قال المستاجر كان الماء منقطعا شهرين وقال صاحب الطاحونة لا بل انقطع
الماء شهرا فالقول قول المستاجر مع يمينه منقطعا كان الماء او جاريا في الحال لانهما
اختلفا في جريان مقداره وانقطاع مقدار ذلك غير ثابت في الحال لانهما اختلفا في
جريان مقداره وانقطاع مقدار وذلك غير ثابت في الحال فكذا الاختلاف هنا في تقدم
الاسلام لا في نفس الاسلام انه كان او لم يكن والثابت في الحال نفس الاسلام لا الاسلام
المقدم وهذا هو الملحق في المسئلة قوله حيث لا يومر بالدفع اليه لان صاحب العين معترف
بانه ملك الغايب فهو حجة عليه في اثبات يد الغايب فلا يملك ابطالها ويملك ما قال
وفي تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير بغير رضاه وهنا يعلم ان المسئلة مبنى ما كا

واذا كان

واذا كان المالك هو الوارث فلم يكن في تصحيح اقراره تنفيذ اقراره في ملك الغير والمودع ثم هل
له ان يسترده قال شيخ الاسلام علاء الدين ليس له ان يسترده لان فيه سعي في نقض ما اوجبه وروي
عن ظهير الدين المرغيناني فان تعدى في ذلك ولم يدفع حتى هلك في يده قيل لا يضمن وكان
ينبغي ان يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمودع يوجب
الضمان فكذا من وكيله قوله فقال الاول ليس له ابن غيري قضى بالمال للاول وهل يضمن للثاني
اذا دفع الى الاول بغير قضاء يضمن نصفه للثاني كذا في المفاتيح قوله والمسئلة فيما بينت الدين
الارث بالشهادة ولم يقل الشهود لا نعلم له وارثا غيره دفع اليه من غير كفيل فاما ان قال عندهم ولد
شهدوا انه ابن فلان مالك هذه الدار ولم يشهدوا على عدد الورثة ولم يقولوا في شهادتهم لا
نعرف له وارثا غيره فان القاضي يتلوم زمانا على قدر ما يرى فان حضر وارث غيره قسم المال
بينهم وان لم يحضر دفع المال اليه وهل ياخذ كفيلا بالدفع اليه قال ابو حنيفة رح لا وقال ابو يوسف
ومحمد رح ياخذ ثم انما يدفع الى الوارث الذي حضر جميع المال بعد ما يدفع المال بعد التلوم اذا كان هذا
الوارث ممن لا يحجب بغيره كالاب والابن اما اذا كان ممن يحجب بغيره كالجد والاخ والعم لا يدفع
المال اليه ما لم تقم البينة على عدد الورثة او شهدوا انهم لا يعلمون له وارثا غيره وقال الامام
التمرتاشي رح ولو قال المودع لرجل هو ابن الميت ولم يقم عليه فالقاضي يتانى في ذلك زمانا على
حسب ما يرى ذكر بكر رح ان في كل موضع يتلوم القاضي يكون ذلك مفوضا الى القاضي وقدر
الطحاوي رح مدة التلوم بالحول فان لم يظهر وارث آخر امر بدفع المال ولا ياخذ كفيلا لاحتمال ان
يظهر وارث آخر قيل هذا قولهما وعند ابي حنيفة رح لا ياخذ وقيل ياخذ عند الكل لان الثابت
بالاقرار دون الثابت بالبينة كذا في النهاية قوله واعطي امراة الغايب النفقة من ماله وهي امراة
تستحق النفقة وزوجها غايب وله عند رجل وديعة فالمودع مقر بالوديعة والزوجية فالقاضي
يفرض لها النفقة وياخذ منها كفيلا قوله ان حق الحاضر ثابت قطعا اي فيما اذا لم يكن وارث
آخر وظاهرا فيما اذا كان وارث آخر لكن القاضي مكلف بالعمل بما ظهر عنده من الحجة وقد ظهر
كونه وارثا والعمل بالظاهر واجب عليه فلا يؤخره لحق موهوم الى زمان التكفيل اذ ربما لم
يجد كفيلا وكان يمنع حقه قوله لمن اثبت الشراء قوله لا يكفل اي لا يؤخذ الكفيل من المشتري الذي
اثبت شراه بالحجة ولا يؤخذ الكفيل من رب الدين الذي اثبت دينه على العبد حتى يبيع العبد
للدين دينه وان كان يتوهم حضور مشتري آخر قبله وغريم آخر في حق العبد على المستحق المطلق
لا يؤخر الى زمان التكفيل لامر موهوم قوله او اقرار العبد اي اقر العبد الآبق انه لفلان قوله
هذا كشف عن مذهبه اي فان قوله هو ظلم يكشف عن مذهب ابي حنيفة رح ان المجتهد
يخطي ويصيب وقول من قال كل مجتهد مصيب ينزع الى مذهب اهل الاعتزال الا ان عندهم
الاصلح واجب على الله تع وكان صيانة الله المجتهدين عن الخطأ وتقريرهم على الصواب واجبا

عليه فيلزم من هذا ضرورة ان يقال كل مجتهد مصيب نسبوا هذا القول الى ابي حنيفة رضه والبه اشار بقوله
لا كما ظنه البعض جاءوا وتعوا في هذا الظن بسبب ما نقل عن ابي حنيفة رضه انه قال الا من قال الخالد
البيخ وكل مجتهد مصيب والحق عند الله تعالى واحد قلنا معنى هذا الكلام انه مصيب في حق عمله حتى ان
عمله يقع صحيحا شرعا وان كان مخطيا للحق عند الله تعالى **قوله** ولهذا ان القضاء وقع للميت معتبر
لان الوارث قال لهذا ميراث ولا ارث الا بثبوت الملك للمورث ولهذا يقدم دينه على الميراث
وينفذ منه وصاياه **قوله** ومجحوده قد انتفع بقضاء القاضي جواب عن قولهما ان الجاحد خاين
قوله والظاهر عدم الجحود جواب عما لو قيل لما جحد مرة فالظاهر انه يدوم على جحوده فقال والظاهر عدم
الجحود في المستقبل لان الجاحد ان جحوده لاشتباه الامر عليه وقد صار الجاحد معلوما
لشهادة الشهود والقاضي ايضا وبعد ما صار صحيحا لا متنبا في خيطة القاضي يومين جحود
ذي اليد محلا انه لا يلتفت الى ذلك وعدوين يتصرف فيه بعلم ان القاضي لا يمكنه منه **قوله** والنزاع
ابلغ فيرى في الحفظ لانه ظهر جحود ذي اليد فقصر في الخيانة او لونهم انه ملكه اما اذا اوضحه
القاضي في يد الامين كان هو عدلا ظاهرا فلا يقصر فيه **قوله** ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على
الكبير الغايب لي كان المنقول يحتاج الى الحفظ لما يملك الوصي ذلك **قوله** وكذا حكم وصي الام في
الاخ والعم على الصغير يعني في بيع المنقول من تركة الموصي ولا يكون له بيع منقول ملكه الصغير
لا من جهة الموصي وهذا لان التركة قبل القسمة ملك الميت من وجه وملك الورثة من وجه من انتقا
للوصي الحفظ باعتبار ما بقي للميت من الملك في تركته دون ما لا آخر لان الوصي ما كان نايبا عن الاب
والحيلة على بيع مال الصغير للحفظ كما للربح وانما ملك الوصي هو كلا بيع المنقول باعتبار ما بقي
للميت لا باعتبار ما ثبت للورثة بخلاف وصي الاب لان البيع باعتبار ما للميت وما للورثة اذا كانوا
صغارا وفي الذخيرة اما وصي الام لا يملك على الصغير بيع ما ورثه الصغير عن الاب العقار
والمنقول سواء لان وصي الام قايم مقام الام والام حال حيوتها لا يملك بيع ما ورثه الصغير
العقار والمنقول المشغول بالدين والخالي في ذلك سواء **قوله** وقول ابي حنيفة رضه فيه اظهر
لحاجته الى الحفظ والحفظ في الترك في يد امين لانه يصير محفوظا صورة ومعنى لانه غير مضمون
عليه **قوله** فاذا حضر الغايب لا يحتاج الى اعادة البينة قال الشيخ الامام علي البزدوي رضه وهو
الاصح وذكر الفقيه ابو الليث رضه عن بعض مشايخنا ان على قياس قول ابي حنيفة رضه ينبغي ان تعيد
البينة للحاضر خاصة كما في القصاص **قوله** الا انه لا يثبت استحقاق الكل على احد الورثة
استيفاء من غيره لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين اذا كان الكل في يده وذكر في
الجامع انما يكون خصما عن جميع الورثة اذا كان المدعى في يد الوارث ولو كان البعض في يده
ينفذ بقدره لان دعوى العين لا يتوجه الا على ذي اليد وانما ينتصب احد الورثة خصما عن
الكل اذا كان المدعى في يده وهذا بخلاف دعوى الدين فان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت

ومن

ومن باقي الورثة في دعوى الدين على الميت وان لم يكن في يده شيء من التركة وكذا اذا لم يكن
للميت تركة **قوله** ومن قال مالي في المساكين صدقة فهو على ما فيه الزكوة اي يجب عليه صدقة جميع
ما يملكه من اجناس اموال التي فيها الزكوة كالنقدين ومال السوايم واموال التجارة قليلها
وكثيرها ولا يفرق بين قدر النصاب وما دونه لان ذلك يتعلق به الزكوة اذا انضم اليه غيره
وكانهم اعتبروا الجنس دون القدر ولهذا قالوا اذا نذر ان يتصدق بمال نفسه ينصرف الى
الصدقة عند ملكه لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكوة وان لم تكن واجبة ولا يجب عليه التصدق
بالاموال التي لا يجب في جنسها الزكوة والعقار والرقيق واثاث المنازل وثياب البذلة وغير ذلك
قوله لانها خلافة كهي اي كالوراثة من حيث انها يثبتان الملك بعد الموت والله تعالى اوجب
المواريث في كل عين ودين **قوله** ولان الظاهر التزام الصدقة من فاضل ماله وهو مال الزكوة
واما الوصية تقع في حال الاستغناء فينصرف الى الكل اي في الحقيقة هما سيان لان ايجاب الصدقة
الضرفي الفاضل ماله في حيوته وبعد وفاته يكون جنس ماله فاضلا لاستغنائه عنه بالموت ويدخل
فيه الارض العشرية عند ابي يوسف رضه لان معنى الصدقة في العشر راجح عنده ولهذا لا يجب
على الكافر وعند محمد رضه وهو قول ابي حنيفة رضه لا يدخل لان فيه معنى المؤنة ولهذا لا يعتبر فيه
المالك فاشبه الخراج **قوله** لانه اعم من لفظ المال لان الملك يطلق على المال وعلى غيره فانه
يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة واسم المال لا يطلق على ما ليس بمال
فاذا كان لفظ الملك اعم فظهر لعمومه زيادة مزية على المال وذلك في ان ينصرف الى كل مال
نحو الصدقة فصار كانه قال كل ما املكه صدقة فهو صدقة في ينصرف الى مال
الزكوة وغيره كذا هذا والصحيح انهما سواء **قوله** والمقيد ايجاب الشرع وهو قوله تعالى خذ من
اموالهم صدقة وقوله عليه السلام قالوا ربع عشر اموالكم **قوله** وصاحب الغلة لشهر اي
صاحب الدهر والحوانيت والبيوت التي يواجرها الانسان يمسك قوت شهر **قوله** كما في
نصف الوارث لو باع الوارث تركة المورث بعد موته وهو لا يعلم موته جاز بيعه فكذا
الوصي **قوله** ومن اعلمه من الناس بالوكالة اي سواء كان مخبرا امينا او فاسقا **قوله**
حتى يشهد عنده شاهدان اي يخبره مخبران والمراد من الشهادة الاخبار لان لفظ الشهادة
هنا ليس بشرط او واحد عدل ثم في هذا اللفظ اشتباه في اشتراط العدالة والعدد في
المخبر اذا كان اثنان ولفظ الكتاب يشتمله ايضا وهو حتى يخبره رجلان او رجل عدل
ومن هذا اختلف المشايخ فيه قال بعضهم اذا كان المخبر بعزل الوكيل او بحجر المأذون فاسقين
يثبت العزل والحجر بوجود احد الشرطين وهو العدد وذلك لانه يشترط في الشهادة العدد
والعدالة وما ثبت العدد فوقنا اثر العدالة الا ترى ان قضاء القاضي بشهادة الواحد العدل
لا ينفذ وبشهادة الفاسقين ينفذ ثم لو وجدنا العدالة هنا بدون العدد يثبت الحجر بالخبر

Copyright © King Saud University

فاولى ان يثبت الحجر بالعدد وان لم يوجد العدالة وقال بعضهم لا يثبت لان خبر الفاسقين لا يصلح للالزام كخبر الفاسق الواحد فى انه لا يكون ملزما وانه يجب التوقف فيه وفى هذا الخبر الزام من وجه دون وجه فكانت العدالة شرطا فى المخبر بن هكذا روى الحسن عن ابى حنيفة رح لانه لو صح هذا الخبر لكان الزاما بقول الفاسق وذلك لا يجوز وبه اخذ ابو جعفر الهندوانى وزعم انه هو المذهب عند ابى حنيفة رح ومعنى ما اطلق فى الكتاب محمول على ما اذا كان لا يعلم حالهما بالفسق والعدالة كذا فى النهاية **قوله** ولانه خبر يلزم لما فيه من ضرر يلزم الاخر من حيث منعه عن التصرف فيكون شهادة من وجه ويشبه التوكيل من حيث ان المتصرف يتصرف فى ملكه فوجب ان يشترط احد شطرى وهو العدد او العدالة توفيرا على الشبهين حظهما بلا الزام من كل وجه ما كان الزاما على خصم منكر مشروطا بلفظ الشهادة **قوله** بخلاف الاول اى التوكيل بخلاف الرسول لان عبارته كعبارة المرسل فصار كانه حضر **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى بجناية عبده فباعه او اعتقه لا يكون مختارا للفداء عنده الا اذا اخبره عدلان او مستوران خلافا لهما والشفيع اذا اخبره واحد غير عدل فسكت لا تبطل شفعته عنده والبكر اذا اخبرت بنكاح الولى فسكتت فان كان المخبر واحدا غير عدل لا يكون سكوتها رضا عنده والمسلم الذى لم يهاجر اليها الحربى الذى اسلم فى دار الحرب لم يهاجر فاخبره بما عليه من الفرائض ان كان المخبر عدلا او اثنين لزمته الفرائض حتى لو ترك يلزمه قضاؤها وان كان المخبر فاسقا ان صدقه فكذلك وان كذبه فعلى الاختلاف الذى قلنا قال شمس الائمة السرخسى رح والاصح عندى انه يلزمه القضاء ههنا لان من يخبره هو رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم **قوله** واذا باع القاضى او امينه عبدا للغرماء اى لاجل الغرماء وهم ارباب الديون ههنا واخذ المال الثمن **قوله** كما اذا كان العاقد محجورا عليه اطلق لفظ المحجور ليتناول الصبى المحجور والعبد المحجور فان كل من وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشراء او عبدا محجورا جاز العقد لمباشرتهما ولا يتعلق الحقوق بهما بل بموكلهما لان التزام العهدة لا يصح منهما ففى الصبى لقصور الاهلية وفى العبد لحق سيده والاصل انه اذا تعذر تعليق حقوق العقد بالعاقد يتعلق باقرب الناس الى العاقد كما فى توكيل المحجور واقرب الناس فى مسئلتنا من ينتفع بهذا العقد وهو الغريم الا ترى ان القاضى او امينه الموصى او امينه لا يبيع الا بطلب الغريم فيرجع المشترى على الغريم **قوله** لانه عامل نائب من الميت وذلك لان الوصى قائم مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضى **قوله** فصار كما اذا باعه بنفسه اى المديون اذا باشر العقد بنفسه حال حياته كانت الحقوق راجعة اليه فكذا يرجع الى من قام مقامه بعد مماته فيرجع المشترى على الوصى ثم يرجع الوصى على الغرماء **قوله** قالوا ويجوز ان يقال يرجع بالمائة التى غرمها ايضا وفى رجوع الغريم بما غرم اختلاف قال الفقيه ابو الليث رح يجوز ان يقال يرجع ويأخذ من ذلك

المال

المال ما ضمن للوصى او للمشترى لان هذا الضمان لحقه فى امر الميت وفى الجامع الصغير للتمرتاشى رح النص والاصح ان يرجع وقال بعضهم لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له ان يرجع على غيره **قوله** والوارث اذا بيع له فهو بمنزلة الغريم الوارث اذا احتاج الى بيع شىء من التركة وهو صغير فباعه الوصى ثم استحق يرجع المشترى بالثمن على الوصى والوصى على الوارث ولو باعه امين القاضى يرجع المشترى على الوارث اذا كان اهلا وان لم يكن اهلا ينصب القاضى عنه وصيا فيرجع عليه ويؤدى هو من مال الصغير **قوله** فان احسن التفسير بان يقول فى حد الزنا الزنا انه استقرت المطرقة كما هو المعروف فيه وحكمت عليه بالرجم ويقول فى حد السرقة بانه ثبت عندى بالحجة انه اخذ نصابا من حرز لا شبهة فيه وفى القصاص انه قتل عمدا بلا شبهة وانما يحتاج الى استفسار الجاهل لانه ربما يظن بسبب جهله غير الدليل دليلا **قوله** ولا يمين عليه اى على القاضى لانه لو لزم اليمين لصار خصما وقضاء الخصم لا ينفذ والقاضى امين لا خصم **قوله** ولو اقر القاطع او الآخذ المال اى لو اقر القاطع بامر القاضى او الآخذ المال بامر القاضى بالقطع والاخذ بقضاء القاضى لا يضمن ايضا كالقاضى لانه اى لان القاطع او الآخذ فعل فى حال القضاء فلا يضمن **قوله** ودفع القاضى صحيح اى دفع القاضى المال الى رب الدين او الى المستحق الذى هو الآخذ صحيح لانه دفعه فى حالة القضاء والظاهر انه دفعه بحق فكان دفعه صحيحا كما اذا كان معاينا اى كما اذا دفع القاضى المال الى الآخذ بحكم القضاء فى معاينة الآخذ منه المال حكما لا يضمن الآخذ فكذا اذا اقر بما اقر به القاضى **قوله** فالقول للقاضى ايضا هو الصحيح وقال شمس الائمة السرخسى رح اذا دفع المأخوذ منه او المقطوع يده انه فعل ذلك بعد العزل فالقول قوله لان هذا الفعل حادث فانما يحال حدوثه الى اقرب الاوقات ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة **قوله** وقول القاضى مقبول فى دفع الضمان عن نفسه لا فى ابطال سبب الضمان على غيره **فان قيل** قد وجد الاسناد منهما الى حالة معهودة منافية للضمان فينبغى ان لا يضمنا ايضا كالقاضى **قلنا** ان هذه جهة يعارضها ما هو اقوى منها فتقتضى وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان وهو حجة قطعية وما ذكر من قضاء القاضى فى حقهما حجة ظاهرة **فان قيل** هذا الوجه ثابت فى حق القاضى ايضا **قلنا** لو اوجبنا الضمان على القاضى لامتنع الناس عن قبول القضاء ولان حالة القضاء منافية لضمان القاضى لا محالة فكان الاسناد اليها معينا فاما اسناد غير القاضى فعله الى حالة القضاء غير معتبر لان ذلك لا ينافى الضمان لا محالة اذ كم من غاصب يغصب ما لغيره والقاضى فى منصب القضاء ومن ادعى من القاضى امره بالقطع والاخذ عليه اثبات بعدم الحجة والكلام فيه وقول القاضى المعزول فى حقه شهادة فرد فلا يسمع

كتاب الشهادات

الشهادة هى فى اللغة الاخبار بصحة الشىء عن مشاهدة وعيان وعن هذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التى تنبئ عن المعاينة لان السبب المطلق للاداء المعاينة وقيل هى مشتقة

Copyright © King Saud University

من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القضاء للاداء ويسمى الحاضر شاهدا واداء
شهادة وهي في الشريعة عبارة عن اخبار بصدق في شرط وطائفة مجلس القضاء وبلفظ الشهادة
فقولنا اخبار بصدق في جنس يدخل تحته الاقرار والدعوى والانكار والشهادة فان كل واحد
منها اخبار بصدق اذا كان الامر على وفاق ما قال وان الاقرار اخبار بما في يده لغيره و الدعوى
اخبار بما في يد غيره لنفسه والانكار اخبار بما في يده لنفسه والشهادة اخبار بما في يد
غيره لغيره وقولنا في شرط وطائفة مجلس القضاء وبلفظ الشهادة فصل لهذه الاخبارات و
سائر الاخبارات الصادقة عن الشهادة **قوله** فان الشهادة فرض يلزم الشهود ولا يسعهم
كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا اذ النهي عن الاباء عند
الدعاء امر بالحضور عند الدعاء وقوله ولا تكتموا الشهادة والنهي عن الكتمان امر بالاظهار و
قوله ومن يكتمها فانه آثم قلبه وعيد واستحقاق الوعيد بترك الواجب ثم لم يقتصر على قوله آثم
لزيادة التاكيد لما ان اسناد الفعل الى الجارحة التي يعمل بها ابلغ من الاسناد الى الجملة الا ترى
تقول اذا اردت التاكيد هذا مما ابصرته عيني ومما سمعته اذني ولان القلب رئيس الاعضاء
والمضغة التي ان صلحت صلح البدن كله وان فسدت فسد البدن كله ولان افعال القلوب
اعظم من سائر افعال سائر الجوارح الا ترى ان اصل الحسنات والسيئات الايمان والكفر
وهما من افعال القلوب فلما جعل كتمان الشهادة من آثام القلوب كان هو شهد ما عليه بان
الكتمان من اعظم الذنوب **فان قيل** النهي عن الشيء يقتضي كونه في ضده اثبات سنة
يكون في القوة كالواجب كما ذكر في اصول الفقه المختار عندنا ان الامر بالشيء يقتضي كراهة
ضده لا ان يكون موجبا لها او دليلا عليه لما ان ذكرنا وعلى هذا القول يحتمل ان يكون النهي مقتضيا
في ضده اثبات سنة يكون في القوة كالواجب لهذا قلنا ان المحرم لما نهى عن لبس المخيط كان
من السنة لبس الازار والرداء ونعلم بهذا ان بالامر المستفاد من النهي يثبت السنة لا الواجب المطلق
فضلا عن الفرض **قلنا** هذا فيما اذا لم يقصد ضده كالامر بالقيام في الصلوة ليس بنهي عن القعود
قصدا اما اذا كان ضده مقصودا كالامر بالايمان يكون نهيا عن ضده اذ ضده مقصود بنهي صريح
وكذا النهي عن الشيء امر بضده اذا كان ضده مقصودا وههنا قلنا الضد مقصود بالامر لقوله تعالى
واقيموا الشهادة لله ولان النهي عن الشيء اذا كان له ضد واحد يقتضي امرا من الضد ليتحقق
موجب النهي فان الانتهاء عن الكتمان في قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة لا يتحقق الا باداء الشهادة
وكان اداء الشهادة فرضا كفرضية الشهادة الانتهاء عن الكتمان **قوله** والشهادة في الحدود يخير فيها
الشاهد بين الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحد والتوقي عن الهتك **قوله** والستر
افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك **فان قيل** هذا
الذي ذكرتم معارض لقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة وغيره من النصوص المقتضية لوجوب الشهادة

قلنا هذه

قلنا هذه الآية محمولة على الشهادة في حقوق العباد بدليل سياق الآية وهي آية المداينة بقوله
تعالى يا ايها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى اجل مسمى الى ان قال ولا يأب الشهداء ولا تكتموا
الشهادة فكان الحديث المذكور والدليل سالمين عن المعارضة ثم انهما يدلان على التخيير وافضلية
الستر على ما هو المذكور في الكتاب والمعنى فيه ان الستر والكتمان انما حرم لخوف فوت حق المدعي
المحتاج اليه الى احياء حقه من الاموال وذلك في حقوق العباد واما الحدود فحق الله تعالى وهو تعالى
موصوف بالغنا والكرم وليس فيه خوف فوت حقه فجاز ان يختار الشاهد جانب الستر
كان هو افضل صيانة لهتك عرض اخيه المسلم **قوله** منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها الاربعة من
الرجال لقوله تعالى واستشهدوا عليهن اربعة منكم ثم لم يأتوا باربعة شهداء **فان قيل** في هذه
النصوص بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان نفي ذلك بدون العدد **قلنا** المقادير
في الشرع تمنع الزيادة والنقصان او بعضهما وهذا التقدير لا يمنع الزيادة فلو لم يفد منع النقصان
لم يبق لهذا التقدير فائدة وكان هذا قضية ملغاة من جهة الشرع فينتهي الى ما الهانا الشرع اليه
قوله والخليفتان من بعده ابو بكر وعمر رضي الله عنهما **قوله** ولان فيه شبهة البدلية لقوله تعالى واستشهدوا
شهيدين من رجالكم **فان قيل** هذا النص ورد في المداينة لما مر فكيف يكون حجة في الحدود والقصاص
قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب حتى ان هذه الآية جعلت حجة في غير المداينات
من الحقوق التي تثبت مرة بالاقرار ومرة بالشهود ولا حق يثبت شرعا بالشهود التي فوق الاثنين
سوى حد الزنا فتعين ثبوت سائر الحقوق بالاثنين من الشهود من سائر الحقوق بغير الحدود
فيثبت بشهادة رجلين وفي المبسوط ثم القياس ان يكتفى بشهادة الشاهد لان رجحان جانب
الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل ولكن لا
يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد ما لم يبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد
ولكن تركنا ذلك بالنصوص التي فيها بيان العدد في الشهادات المطلقة كقوله تعالى واشهدوا
ذوي عدل منكم **قوله** لما ذكرنا اشارة الى الحديث الزهري وما ذكر من شبهة البدلية **قوله** و
الرضى اي الانصاف في تعداد عيب الحال **قوله** وغير ذلك كالعتاق والنسب **قوله** وتوابعها
كالاعارة والاجارة والكفالة والاجل وشرط الخيار **قوله** لوجود ما يبتني عليه اهلية الشهادة
اي اهلية قبول الشهادة بالولاية المشاهدة والضبط وهو حسن السماع والفهم والحفظ
الى وقت الاداء وفي لفظ الكتاب نوع اختلال لانها لا يثبت بهذه الاشياء الثلاثة اهلية
الشهادة لان هذه ثابتة للعبد والصبي العاقل والكافر ولا شهادة لهم **قوله** ونقصان
الضبط بزيادة النسيان جواب عن قول الشافعي رح يقول الاصل فيها عدم القبول لنقصان
العقل واختلال الضبط فقال ان ذلك النقصان انجبر بضم الاخرى اليها **قوله** وهذه الحقوق
تثبت مع الشبهات اشارة الى قوله مثل النكاح والوكالة والوصية اما النكاح والطلاق

Copyright © King Saud University

يثبتان مع الهزل والاكراه بخلاف المال فتوابعها حيث لا يثبت البيع والاجارة والمضاربة وغيرها
مع الهزل على ان هذه الاشياء ماعدا البيع واشباهه تثبت بشهادة النساء مع الرجال مع انها لا تثبت بالهزل
فلانه يثبت بشهادتهن النكاح والطلاق وهما يثبتان بالهزل فاولى واما الوكالة والوصية والاموال
فانه يجري فيها كتاب القاضي الى القاضي والشهادة على الشهادة فهو آية شبهتها مع الشبهات فيثبت
ذلك بشهادة النساء ايضا وان كان فيها شبهة البدلية **قوله** ويقبل شهادة رجل واحد على الولادة
اذا جاز قبول شهادة امراة واحدة فقبول شهادة رجل وحده اولى وفي باب شهادة النساء من
شهادات المبسوط ولم يذكر في الكتاب انه لو شهد بذلك اي بالولادة والعيب موضع لا يطلع
عليه الرجال رجل واحد وان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها والجواب انه لا يمنع قبول الشهادة اذا
كان عدلا في مثل هذا الموضع ثم الصحيح انه لا يشترط العدد لان شهادة الرجل اقوى من شهادة
المراة فلما ثبت المشهود به هنا بشهادة امراة واحدة فبشهادة رجل واحد اولى وقد قال بعض
مشايخنا وان قال تعمدت النظر اليها يقبل شهادته في ذلك كما في الزنا **قوله** والجمع المحلى باللام
يراد به الجنس اذا لم يكن ثم معهود والكل ليس بمراد قطعا فيراد به الاقل ضرورة لبطلان العدد
بواسطة الجنس وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع وعلى ابن ابي ليلى في اشتراط الثنتين
ذكره في المبسوط وذكر في الايضاح مالكا مكان ابن ابي ليلى **قوله** لان نظر الجنس اخف لعدم
الشهوة ولهذا بعد الموت يغسل المراة المراة والرجل الرجل ولذا سقط اعتبار العدد شرط
ثقل النظر وبقي احتياطا والمثنى والثلاث احفظ لما فيهما من معنى الالزام ولهذا يشترط فيها الحرية
والاسلام ولفظ الشهادة واختص بمجلس القضاء **قوله** ثم حكمها في الولادة شرحناه في الطلاق اي
باب ثبوت النسب وهو قوله اذا تزوج الرجل امراة فجاءت بولد لستة اشهر فصاعدا فجحد الزوج الولادة
تثبت الولادة بشهادة امراة واحدة **قوله** والعيب يثبت بقولهن اي في الحال وقيام العيب في الحال
شرط لصحة الخصومة فيحلف البائع بانه لم يكن عنده هذا العيب وكيفية التحليف ان كان بعد
القبض بالله لقد سلمتها وهي بكر وان كان قبله بالله انها بكر **قوله** ولا بد في ذلك كله من العدالة
ولفظ الشهادة اي في جميع ما تقدم **قوله** والاول اصح وهو عدم قبول شهادة الفاسق مطلقا سواء
كان ذا وجاهة او لم يكن وذلك لان قبول الشهادة لاكرام الشاهد كما قال عليه السلام اكرموا الشهود
فان الله تعالى يحيي الحقوق بهم وفي حق الفاسق امرنا بخلافه قال عليه السلام اذا لقيت الفاسق فالقه
بوجه مكفهر **قوله** ومن يكون سعيا للفسق فلا مروة له شرعا فلهذا لا يقبل قوله **قوله** واما لفظ
الشهادة فلان النصوص باشتراطها اي وردت النصوص بلفظة الشهادة والاشهاد نحو قوله تعالى
واقيموا الشهادة لله واشهدوا اذا تبايعتم واستشهدوا شهيدين وقوله عليه السلام اذا علمت مثل
الشمس فاشهد والا فدع فيكون اشتراطها تلك اللفظ صريحا والى هذا اشار بقوله اذ الامر
فيها بهذه اللفظ فلما جاء الامر بهذه اللفظ لا يجوز تبديلها بلفظ آخر **فان قيل** بكل

على هذا لفظ التكبير ورد النص بلفظه قال الله وربك فكبر ومع ذلك اجاز ابو حنيفة ومحمد رحمهما الله
تبديله بلفظ آخر في معناه نحو قوله الله اجل والله اعظم **قلنا** التكبير للتعظيم وفي قوله الله
اعظم صيغ التعظيم فكان هو مثله والشهادة من المشاهدة لفظا ويذكر للقسم استعمالا
فلما كان كذلك فالحكم المعلق جوازه باللفظ الذي له زيادة وكادة في الاخبار لا يكون جوازه
معلقا بلفظ هو دونه ولان قبول الشهادة في الزام الحكم على القاضي ثبت بخلاف القياس
فيراعى جميع ما ورد فيه النص ومن البين ورود لفظ الشهادة فيراعى هو واما لفظ التكبير
للتعظيم فهو موافق للقياس فيما فيه التعظيم فيتعدى حكمه الى موضع وجد حكمه فلذلك افترقا
قوله في الولادة وغيرها هو الصحيح احترز به عن قول العراقيين وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله في
قول القابلة في مسئلة الولادة فهل يشترط لفظ الشهادة ففي شرح بكر رحمه الله قال مشايخ بلخ
وبخارا يشترط وقال العراقيون لا واتفقوا على انه يشترط الحرية والعقل والبلوغ والاسلام
قوله وبالظن كفاية اذ لا وصول الى القطع جواب لما يقال ان الظن يكفي للدفع لا للاستحقاق
وههنا يثبت المدعي على استحقاق المدعى باقامة البينة فيجاب انه لا يكتفى بالظن فاجاب ان الظن
قائم مقام الدليل القطعي لما انه لا امكان الوصول الى الدليل القطعي وذلك لانه لو لم يكتف
بظاهر العدالة يحتاج الى تزكية المزكي وقبول قول المزكي في التعديل ايضا عمل بالظن لان
المزكي في قوله هو عدل غير كاذب لان المزكي مسلم والظاهر من حال المسلم انه لا يكذب فلو لم يكتف
بظاهر عدالة الشاهد لكونه عملا بالظاهر يجب ان لا يكتفى بظاهر عدالة المزكي ايضا لانه عمل
بالظن فيحتاج الى مزكي آخر في تعرف عدالة المزكي الاول وكذلك في الثالث والرابع وهذا
امر يؤدي الى التسلسل وقولهم ان الظن لا يكفي للاستحقاق قلنا يكفي له اذا لم ينازعه آخر الا
ترى ان الشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده الثابتة على داره اذا لم ينازعه المشتري في الملك
وههنا ايضا كذلك لان كلامنا فيما اذا لم يطعن المدعى عليه في الشهود ولو طعن فيسأل عنهم
كما لو نازع المشتري الشفيع فيما في يد الشفيع بانه لا ملك له فيه **قوله** لانه لا يتقابل الظن لان الظن
الا يطعن كذا **قوله** وفيه صون قضائه عن البطلان اي على تقدير ظهور الشهود عبيدا او
كفارا **قوله** ان يبعث المستورة اي الى المعدل المستورة اسم الرقعة التي يكتبها القاضي ويبعثها
سرا ابعثها الى المزكي سميت بها لانها تستر عن نظر العوام وفي المغرب حلية الانسان صفته
ما يرى منه من لون وغيره والجمع حلى وبالضم والكسر والمصلي مثل المراد به المحلة وقيل يسجد
المحلة وهو الظ وصورة تزكية السر ان يبعث القاضي رسولا الى المزكي ويكتب اليه كتابا فيه اسماء
الشهود وانسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم ان كان سوقيا حتى يعرفه المزكي فيسأل عن جيرانهم
واصدقائهم فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز
الشهادة ومن عرفه بالفسق لا يكتب ذلك تحت اسمه بل يسكت احترازا عن هتك الستر او يقول الله

اعلم الا اداء علله عنره وخافا انه لم يصرح بذلك فقضى القاضي بشهادته فرع يصرح بذلك لا
يعرفه لا بالعدالة ولا بالفسق كتب تحت اسمه في كتاب القاضي مستور وصورة تزكية العلانية
ان يجمع القاضي بين المعدل والشاهد ويقول المعدل اهذا الذي عدلته او يقول المزكي بحضرة
الشهود اهولاء عدول مقبولو الشهادة **قوله** وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول
في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واصحابه لان المعدل كان لا يتوقى عن الجرح ولا يخاف
من المدعى ولا من الشهود لانهم كانوا منقادين للحق ولا يقابلون بالاذى لجرحهم **قوله**
ووقع الاكتفاء بتزكية السر في زماننا وتركت تزكية العلانية لانها بلاء وفتنة اذ الشهود
والمدعي يقابلون الجارح بالاذى قال ابن سماعة عن ابي يوسف رح اقبل في تزكية السر المراة
والعبد والمحدود في القذف اذا كانوا عدولا ولا اقبل في تزكية العلانية الا من اقبل شهادته
لان تزكية السر من باب الاخبار والخبر امر ديني وقد اهو لا من الامور الدينية يقبل اذا
كانوا عدولا الا ترى انه يقبل رواياتهم في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ويجب
الصوم بقولهم واما تزكية العلانية ما هو الشرط في الشهادة من العدالة والبلوغ والحرية
والعقل والبصر وان لا يكون محدودا في قذف سوى لفظ الشهادة وعلى هذا تزكية الوالد
لولده وتزكية الولد لوالده في السر جائزة لانها من الاخبار كذا في الذخيرة واول من سال
في السر شريح حتى قيل له احدثت يا ابا امية قال احدثتم فاحدثنا **قوله** وفي قول من يرى ان يسال
عن الشهود اي قال ابو حنيفة رح تفريعا على قولهما وذكر قاضيخان رح في جامعه ثم ابو حنيفة
رح فرع على قول من يرى المسئلة عن الشهود اذا ادى الرسول الى القاضي وهو المزكي **قوله**
على هذا الخلاف رسول القاضي الى المزكي معناه من يبلغ قول المزكي الى القاضي ومن يبلغ قول القاضي
الى المزكي **قوله** واشتراط العدد امر حكمي اي امر ثبت بالنص بخلاف القياس لان رجحان الصدق
في حق العمل بالعدالة لا بالعدد كما في رواية حديث النبي صلى الله عليه وسلم في حق العمل
بالتواتر واذا كان كذلك لا معنى لاشتراط العدد في الشهادات لكنا تركنا القياس بالنصوص
التي فيها بيان العدد فلا نعديها اي فلا نعدي اشتراط العدد من الشهادة الى التزكية

فصل وما يتحمله الشاهد احدهما ما يثبت حكمه بنفسه اي لا يحتاج فيه الى الاشهاد
بل يجوز ان يشهد بدونه وكذلك الشهادة على الشهادة وقيل معناه ان حكم البيع وهو
ثبوت الملك في المبيع للمشتري وفي الثمن للبائع يثبت بنفس العقد وكذا في نظائره واما
الشهادة فانها لا يثبت حكمها بنفسها بل بقضاء القاضي **قوله** فاذا سمع ذلك الشاهد اي فيما يثبت
بالسماع مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم **قوله** او رآه كالغصب والقتل وسعه ان يشهد و
ان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق الاداء اي في جواز الاداء
قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون والتمسك بالاية على قوله وسعه ان يشهد

قوله وهذا نظير مسئلة [illegible] **قوله** اقبل في الخصم [illegible]
المزكي علم **قوله** [illegible] القاضي [illegible]

لان

لان الاطلاق اداء الشهادة بمجرد العلم وقد يحصل ذلك بالرؤية في المرئيات وبالسماع في المسموعات
والعلم شرط جواز الاداء حيث جعله حالا في قوله تعالى وهم يعلمون والاحوال شروط وشرطا
في قوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد وانما جعله شرط الزيادة تاثيره في توقف صحة
اداء الشهادة على العلم **قوله** ولا يشهد على الاباية والتحمل لانه تصرف على الاصل من حيث ال
ولاية في تنفيذ قوله على المشهود عليه وادالة الولاية الثابتة للغير عليه فلا يشهد الا بانابة
والتحميل منه **قوله** وقيل هذا بالاتفاق اشارة الى اول المسئلة وهو قوله ولا يحل للشاهد
اذا راى خطه ان يشهد **قوله** وعلى هذا اذا ذكر المجلس اي لا يحل للشاهد ان يشهد اذا ذكر
المجلس الذي كانت فيه الشهادة ولم يتذكر الحادثة فكان تذكر المكان بمنزلة معرفة خطه
في الشهادة **قوله** والدخول لانه امر يشتهر ويتعلق به الاحكام المشهورة من النسب
والمهر والعدة وثبوت الاحصان **قوله** وينبغي ان يطلق اداء الشهادة بان يقول اشهد
انه ابنه واشهد انها امراته اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل والفرق بين
الاطلاق والتفسير انه اذا اطلق يعلم انه وقع في قلبه صدقه فيكون شهادته عن علم ولا
كذلك اذا فسر ويقول سمعت كذا وعن هذا كان المراسيل من الاخبار اقوى من المسانيد **قوله**
دون شرائطه لان اصله هو الذي يشتهر قال الامام المرغيناني لا يعتبر بيان الجهة بان يقولوا
ان هذا وقف على المسجد او على المقبرة او الجوز للتحقيق او لم يذكروا ذلك في شهادتهم لا يقبل
شهادتهم وتاويل قولهم لا يقبل الشهادة على شرائط الوقف انهم بعد ما شهدوا ان هذا
وقف على كذا لا ينبغي لهم ان يشهدوا ان هذا من عليه فيصرف الى كذا ولو قالوا ذلك في شهادتهم
لا تقبل **قوله** ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة وسعك ان تشهد انه له ولان
اليد اقصى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة في الاسباب كلها اذ لا دليل لمعرفة
الملك في حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان اكثر ما في الباب انه يتعاين اسباب الملك
من الشراء والهبة وما اشبه ذلك الا ان الشراء انما يفيد الملك اذا كان المبيع ملكا للبائع
وانما يعرف كون المبيع ملكا للبائع وانما يعرف كون المبيع ملكا له بيده بلا منازع فثبت انه لا
دليل على الملك سوى اليد وكان للشاهد ان يعتمد مثل هذا الدليل اعتبارا للظاهر عند
تعذر الوقوف على الحقيقة وعن ابي يوسف رح انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه انه له فان
وقع في قلبه انه ملك غيره لا يحل له ان يشهد بالملك لذي اليد لان الاصل اعتبار علم اليقين
لجواز اداء الشهادة لقوله عليه السلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع فعند اعوازه لك
يصار الى ما يشهد به اليد قالوا ويحتمل ان يكون هذا تفسيرا للاطلاق في قول محمد رح في الرواية فيشترط
ان يقع في قلبه انه له لان اليد متنوع الى ملك وضمان وامانة فيشترط التعرف للشهادة على
الملك بالاتفاق وقال الشافعي رح دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا قلنا التصرف

Copyright King Saud University

ايضا بتنوع الحيازة كالوكيل والمضارب والى الاصالة فلا معنى لاختيار هذه الزيادة اذ الاحتمال
لا يزول بها والاصل ان الاملاك يكون في يد الملاك والكينونة في ايديهم عارضة من جهة الملاك الاول
فان قيل الشاهد اذا امر الشهادة بما استفاد العلم به من معاينة اليد فالقاضي لا يقبل شهادته
ولو جاز تحمل الشهادة بالمعاينة يقبل القاضي الشهادة قلنا نحن جعلنا العيان سببا للجواز
لا للوجوب في القاضي يلزمه القضاء بالملك بالشهادة ونحن ما جعلنا ذلك فلهذا قلنا ان الرجل
اذا كانت في يده دار يتصرف فيها تصرف الملاك بيعت دار بجنب هذه الدار واراد صاحب
اليد ان ياخذها بالشفعة فالقاضي لا يقضي له بها عند انكار المشتري ان يكون الدار ملك الشفيع
لان العيان ليس سببا للوجوب لكنه سبب الجواز قوله ثم ان عاين المالك والملك هذه المسئلة
على اربعة اوجه ان عاين المالك والملك بان عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف
الملك بحدوده ورآه في يده بلا منازعة ووقع في قلبه انه له ثم رآه في يد الآخر فجاء الاول
وادعى الملك وسعه ان يشهد بالملك للاول بناء على يده وان عاين الملك دون المالك
بان عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلاني وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء
الذي نسب اليه الملك وادعى ملكية هذا المحدود على شخص حل له ان يشهد استحسانا
لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معروفا بالتسامع والملك معروف فلو لم يعاين
الملك والمالك ولكن سمع من الناس قالوا لفلان بن فلان في قرية كذا ضيعة حدودها كذا
وهو لم يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له ان يشهد له بالملك وان عاين الملك
دون المالك بان عرف الرجل معرفة تامة وسمع ان له في قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك
الضيعة بعينها لا يسعه ان يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة قوله لان
لهما يدا على انفسهما حتى اذا ادعى انه حر الاصل كان القول له فلا يثبت لغيره يد على الحقيقة
حتى يعتبر له اطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن ان يعتبر التصرف فيهما استخدام مطلقا للشهادة
لانه لا يصلح دليلا على الملك فالحر يستخدم الحر ويخدمه طوعا كما يخدم العبد سيده وعن ابي
حنيفة رح وابو يوسف ومحمد رح انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا فجعلوا اليد دليلا على الملك في
الكل الا ترى ان من ادعى عبدا او امة في يد غيره ودفع اليد بان يدعي لنفسه فالقول لذي اليد
لان الظاهر شاهد له بالملك لقيام يده عليه قوله والفرق ما بيناه وهو قوله لان لهما يدا على
انفسهما فيندفع يد الغير عنهما بخلاف الثياب

باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل

قوله ولا
يقبل شهادة الاعمى وقال مالك رح يقبل لان العمى لا يقدح في الولاية والعدالة وباعتبارها
يجب الشهادة وهو قول زفر رح وهو رواية عن ابي حنيفة رح يقبل فيما يجري
فيه التسامع لانه في السماع كالبصير وقال ابو يوسف والشافعي رح اذا تحمل الشهادة وهو بصير
ثم اداها وهو اعمى يقبل فيما لا يحتاج فيه الى الاشارة كالديون والعقار قوله ولانه من تمام الحد

لكونه نهيا عن القذف لانه في معنى الزجر لانه توهم قبله كما كان للجلد توهم مدة وقد اداه بلسانه
فعوقب بما هو اداة عقوبته بلسانه جزاء وفاقا فيبقى بعد التوبة كاصله وهو الجلد لان رد شهادته
من تمام حده واصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا المتمم له بخلاف المحدود في غير القذف لان الرد
ثمه للفسق وقد ارتفع بالتوبة اذ التائب من الذنب كمن لا ذنب له قوله والاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو
قوله واولئك هم الفاسقون ثم بيّن لانه للاستئناف لان ما قبله امر ونهي فوضا الى الائمة وهذه جملة
اسمية اخبار عن حال القاذفين فلم يحسن العطف فكانت مستأنفة فانصرف الاستثناء الى هذه الجملة
فحسب لعدها استثناء منقطع بمعنى لكن لان التائبين ليسوا من جنس الفاسقين فكان معناه لكن الذين
تابوا فان الله يغفر ذنوبهم ويرحمهم فكان كلاما مبتدأ غير متعلق بما قبله قوله ولا العبد لسيده اي
لو كان للعبد شهادة لما قبلت شهادته لسيده للتهمة وهو قوله عليه السلام لا شهادة للقانع باهل
البيت القانع السائل من القنوع لا من القناعة واراد من يكون مع القوم كالخادم والتابع والاجير
ونحوه لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم قوله بخلاف شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به اي
لا يثبت له الولاية في المشهود به بالقضاء والغريم اذا ظفر بجنس حقه من مال مديونه له ان ياخذ من
ذلك فيكون وبعد لا يكون فلا يورث التهمة قوله لان الحال موقوف مراعى لان حال العبد موقوف
بين ان يصير الغرماء ويبيعونه في ديونهم فيصير اجنبيا فيقبل شهادة المولى له او يبقى للمولى كما كان
بسبب قضاء دينه قوله ولا المكاتب لما قلنا اي لانه شهادة لنفسه من وجه قوله ولا المخنث
للمغنية ولم يرد به التي تتغنى على معصيتها وفي المستصفى واعلم بان التغني حرام في جميع الاديان
فقال في الزيادات واذا اوصى بما هو معصية عندنا وعند اهل الكتاب فذكر منها الوصية للمغنين
والمغنيات وحكي عن ظهير الدين المرغيناني انه قال من قال لمقري زماننا احسنت عند قراءته يكفر
قوله ولا مدمن الشرب على اللهو في حق المشروب يتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر
وغيرهما فان الادمان شرط في الخمر ايضا وفي فتاوى قاضيخان ولا يقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن
السكر ثم قال وانما شرط الادمان ليظهر ذلك عند الناس فان من اتهم بشرب الخمر في بيته لا
تبطل عدالته وان كانت كبيرة وانما تبطل اذا ظهر ذلك او يخرج سكران يسخر منه الصبيان لانه
مثله لا يحترز عن الكذب في الذخيرة ولا يجوز شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه
كبيرة ثم شرط الادمان في النية يعني يشرب ومن نيته ان يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا يجوز
شهادة مدمن السكر واراد به في سائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم في سائر الاشربة
السكر فيشترط الادمان على السكر والمحرم في الخمر نفس الشرب فيشترط الادمان على الشرب قوله
ولا من يغني للناس انما قيد بقوله للناس لانه اذا تغنى بحيث لا يسمع غيره ولكن يسمع نفسه
لازالة الوحشة قبلت شهادته ولا يقال انه تكرار لانه ذكر المغنية قبل هذا لانا نقول
ذلك مخصوص بالمراة وهذا عام ولان الاولى تعني المراة مطلقا لان رفع الصوت منها حرام

خصوصا اذا كان مع الغناء وهذا في التغني للناس **قوله** ولا من ياتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد
واختلفوا في تفسير الكبيرة وهي السبع التي ذكرها رسول الله صلى الله عليه وسلم في الحديث المعروف وهو الاشراك
بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وهو
قول اهل الحجاز واهل الحديث وزاد بعضهم على هذا اكل الربوا واكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما كان
حراما بعينه فهو كبيرة واصح ما قيل هو ما نقل عن شمس الائمة الحلواني رحمه الله انه قال ما كان شنيعا بين المسلمين
وفيه هتك حرمة الله تعالى والدين فهو من جملة الكبائر وكذلك الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها
من جملة الكبائر ويوجب سقوط العدالة كذا في الذخيرة **قوله** واما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق
من الشهادة وفي الذخيرة ولا يقبل شهادة من يلعب بالشطرنج لكن بشرط انضمام احدى المعاني
الثلاثة اذا قامر عليه او شغله عن الصلوة او اكثر الحلف عليه بالكذب والباطل لان هذه الثلاثة
من الكبائر ومن يلعب بالنرد فهو مردود الشهادة على كل حال لقوله عليه السلام ملعون من لعب بالنرد
ومن كان ملعونا كيف يكون عدلا **قوله** لان للاجتهاد فيه مساغا قال مالك والشافعي رحمهما الله بحل
اللعب بالشطرنج **قوله** والاكل على الطريق يعني بمرأى الناس وذكر في فتاوى قاضيخان رحمه الله
لا يقبل شهادة من ياكل في السوق بين ايدي الناس لان ذلك لا يفعله من كان له مروة
لا يقبل شهادة من يظهر سب السلف وفي المستصفى السلف جمع سالف وهو الماضي وفي
الشريعة اسم لكل من يقلد مذهبه ويقتفى اثره كابي حنيفة واصحابه رحمهم الله فانهم سلفنا والصحابة رضي الله عنهم
والتابعون سلف لابي حنيفة واصحابه كذا ذكره بدر الدين وفي الذخيرة وقال ابو يوسف رحمه الله لا اجيز
شهادة من يشتم اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه لو شتم واحدا من الناس لا يجوز
شهادته فههنا اولى ويقبل شهادة اهل الاهواء الهوى ميل النفس الى ما يستلذه من الشهوات
وانما سموا به لمتابعتهم النفس ومخالفتهم السنة كالخوارج وغيرهم وان اصول اهل الاهواء ستة
الجبرية والقدرية والروافض والخوارج والمشبهة والمعطلة ثم كل واحد منهم صار اثني عشر فرقة فبلغ
الى اثنين وسبعين فرقة وفي الذخيرة وشهادة اهل الاهواء مقبولة عندنا اذا كان هوى لا يكفر صاحبه
ولا يكون ماجنا ويكون عدلا في تعاطيه وهو الصحيح وقال الشافعي رحمه الله لا يقبل شهادة اهل الاهواء
لانهم فسقة والفسق اعتقادا اغلظ منه تعاطيا ولا شهادة للفاسق ولنا ان الفاسق انما لا يقبل
شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك لانه انما وقع في الهوى للتعمق
في الدين الا ترى ان منهم من يعظم الذنب حتى يجعله كفرا فيكون ممتنعا عن الكذب كمن تعاطى
او شرب المثلث على اعتقاد اباحته فانه لا يصير مردود الشهادة **قوله** الا الخطابية
الخطابية قوم من الروافض ينسبون الى ابي الخطاب محمد بن ابي وهب الاجدع وكان يزعم ان عليا
الاله الاكبر وجعفر بن محمد الصادق الاله الاصغر وطرده جعفر فادعى في نفسه انه الاله
زعم اتباعه ان جعفرا اكبر وابا الخطاب اعظم منه وهم كانوا يشهدون شهادة الزور لموافقهم على

مخالفهم

مخالفهم وقيل يعتقدون الشهادة لمن يحلف عندهم انه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فيمكن شبهة
الكذب في شهادتهم **قوله** وصار كالمرتد لا يقبل شهادة المرتد لجنسه ولخلاف جنسه وعليهما اوكذا
الكافر **قوله** وملل الكفر وان اختلفت فلا تهمة جواب لما يقال لما كان بين المسلم والذمي معاداة فكذلك
بين اليهود والنصارى وكذا بينهم وبين المجوس فكان ينبغي ان يكون اختلاف الملل مانعا فقال وان
اختلفت مللهم لم يصر بعضهم مقهورا بعض لحملهم ذلك على التقول وهم مقهورون من جهة المسلمين
وذا يحملهم على التقول عليهم **قوله** اراد به والله اعلم المستامن وانما قيد بهذا لعدم تصور شهادة
الكافر الحربي على الذمي لما ان الشهادة انما تكون في مجلس القضاء ومن شرط القضاء المصر
في دار الاسلام ولو دخل حربي دار الاسلام بغير استيمان لو اخذ فهو فيء فيكون شهادة
شهادة عبد كما لا يقبل شهادة عبد على احد فكيف يقبل على الذمي **قوله** لان الذمي من اهل
دارنا وهو على ذمته الى ان يرجع الى الاسلام لانه قبل ما هو خلف عن الاسلام وهو الجزية
ولانه صار محقون الدم على التابيد ولهذا يقتل المسلم بالذمي قصاصا ولا يقتل المسلم بالذمي
بالمستامن **قوله** بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستامن مقبل بقوله وان كانوا من دارين
كالروم والترك يقبل لان شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض مقبولة وان كانوا من منعات مختلفة
لانهم صاروا من اهل دارنا حتى لا يمكنون من الرجوع الى دار الحرب فلما كان كذلك صاروا بمنزلة
المسلمين وشهادة المسلمين مقبولة على اهل الذمة كلهم وان كان منعات مختلفة فكذا شهادة
بعضهم على بعض لما ان دار الاسلام لا تختلف باعتبار المنعة بخلاف المستامنين حيث لا يقبل
شهادة بعضهم على البعض اذا كانوا من اهل دارين كالترك والروم لان الولاية فيما بينهم ينقطع
باختلاف المنعة ولهذا لا يجري التوارث **فان قيل** الذمي مع المستامن **قلنا** الذمي بعقد
الذمة صار كالمسلم ويقبل شهادة المسلم على المستامن بخلاف الرومي مع التركي لاستوائهما وقد
اختلفت الدار فامتنع القبول **قوله** وان الم بمعصية ذكر عن الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله
انه قال الناس لا يخلون عن ارتكاب الصغائر ولا يخلون عن اتيان ما هو مندوب اليه في الشرع فيعتبر
في ذلك الغالب يعني به في حق الصغائر فاذا كان غالب احواله انه ياتي بما هو مندوب اليه في الشرع
ويحترز فيها لا يحل في الشرع من الصغائر كان جائز الشهادة بعد ان يجتنب عن كل الكبائر وان كان
غالب احواله انه لا يحترز عن الصغائر لا يكون جائز الشهادة ويقبل شهادة الاقلف وعن ابن
عباس رضي الله عنه لا يقبل شهادته وانما يقبل عندنا اذا تركه بعذر الكبر او خوف الهلاك فان تركه
على وجه الاعراض عن السنة والاستخفاف بالدين فلا يقبل شهادته لانه لم يبق عدلا وشهادة
الخنثى جائزة وفي الخزانة الخنثى المشكل لا يقبل مع رجل ولا مع امراة ولو شهد مع رجل
وامراة يقبل **قوله** عند عامة المشايخ وهم الذين يعينون السلطان في اخذ الحقوق الواجبة
كالخراج ومكوس السوائم ونحوها وقيل هم الذين يعملون بايديهم ويواجرون انفسهم لان من

الناس من قال لا يقبل شهادة هولاء وانما امرد هذه المسئلة رد القول ذلك القايل لان كسبهم اطيب
الكسب عا ما جاء في الحديث افضل الناس عند الله من ياكل من كسب يده فلا يوجب ذلك الجرح
قوله ومع العياش لها شهادة فلنشها اهل سعود المنفعة البر وهذا لان الوارثين قصدا
هذه الشهادة نصب من يقوم مقامهما في احياء حقوقهما والغريمان قصدا نصب من يدفع
اليهما حقوقهما **قوله** بمونة التعيين لان القاضي لا يمه ان يتامل في هذا الوصي انه هل يصلح
للوصية لامانة وديانة وهداية ام لا يصلح وهما بهذه الشهادة زكياه واخبرا القاضي
بانه اهل لذلك فكفى مونة التعيين فصارت كالقرعة فانها ليست بحجة ويجوز استعمالها في
تعيين الانصباء لدفع التهمة عن القاضي **قوله** والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا اي الثالث الذي
حوابه لما قال اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى نصب وصي آخر عن الميت فلا
يكون لذلك من غيرهما شهادة فتمكن التهمة في الشهادة فاجاب ان الوصيين اذا اقرا ان معهما
ثالثا ملك القاضي نصب ثالث معهما لعجزهما عن التصرف باعترافهما بخلاف ما اذا كان الوصي
جاحدا لان القاضي ليس له اجبار احد على قبول الوصاية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه
ح لم يكن له ولاية نصب الوصي لا بهذه البينة فيصير الشهادة موجبة فيبطل لمعنى التهمة **قوله** و
في الغريمين للميت عليهما يقبل الشهادة وان لم يكن الموت معروفا قيل معنى القبول امر القاضي
اياهما باداء ما عليهما اليه لا لابرائهما عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق
عليهما فيقبل فيه والبراءة حقهما فلا يقبل فيهما **قوله** ولا يسمع القاضي البينة على الجرح اي الجرح
المجرد وهو ما يتضمن نفس الشهود من غير ان يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع او
من حقوق العباد نحو ان يشهد وا انه الشهود المدعي فسقة او زناة او اكلة ربوا او شربة
خمر او على اقرارهم انهم شهدوا بالزور او على اقرارهم انهم اجراء في هذه الشهادة او على
اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى وعلى اقرارهم ان المدعي مبطل في هذه الدعوى
او على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة وانما لا يقبل لان البينة
انما تقبل على ما يدخل تحت الحكم وفي وسع القاضي الزامه والفسق مما لا يدخل تحت الحكم
وليس في وسع القاضي الزامه لانه يدفعه بالتوبة ولان الشاهد بهذه الشهادة صار فاسقا
لان فيها اشاعة الفاحشة بلا ضرورة وهي حرام والمشهود به لا يثبت بشهادة الفاسق
ولا يقال الدفع ضرورة هو كف الظالم عن الظلم بالشهادة الكاذبة وقد قال عليه السلام انصر
اخاك ظالما او مظلوما لانه لا ضرورة الى اظهار الشهادة على ملأ من الناس وتمكنه كف عن
الظلم باخبار القاضي في السر الا اذا شهدوا على اقرار المدعي انهم فسقة او شهدوا
بزور ونحوه لانهم ما شهدوا باظهار الفاحشة وانما حكوا اظهار الفاحشة عن غيرهم فلا
يصيرون فاسقين فيثبت المشهود به وكذا الاقرار مما يدخل تحت الحكم ويقدر القاضي على

الالزام

الالزام لانه لا يدفع بالتوبة **قوله** وهذا لما انه لو اقام البينة على ان الشاهد عبد يقبل لان الرق حق
الله تعالى او محدود في قذف لان فيه احياء حق الله تعالى وهو رد الشهادة وانه من تمام الحد او شارب
الخمر ولم يتقادم العهد لان فيه احياء حق الله تعالى وهو الحد او قاذف والمقذوف يدعي لان فيه اثبات
الحد وفيه الحقان والمغلب فيه حق الله تعالى او شريك المدعي اي يشهد بمال مشترك فيثبت التهمة في
الشهادة فترد بالتهمة **فان قيل** ينبغي ان يقبل الشهود في الجرح المجرد لانه في معنى التزكية
علانية **قلنا** في هذه الشهادة نسبة الشهود الى الفسق فيجب عليهم التعزير فهذه الاشاعة
وكان يمكنهم ان يخبروا القاضي بحال الشهود سرا فلما لم يفعلوا ذلك صاروا فسقة باشاعة
الفاحشة من غير ان يثبتوا بها حقا ولا يصلح الفاسق معدلا **قوله** ومن شهد ولم يبرح حتى قال
اوهمت بعض شهادتي قيل معنى قوله اوهمت فقد بعض شهادتي بان يكون غلط في المقدار او في الجنس
او في السبب ثم قيل يقضي بجميع ما شهد لان ما شهد صار حقا للمدعي على المدعى عليه فلا يبطل بقوله
اوهمت وقيل يقضي بما بقي حتى لو شهد بالف وقال غلطت بخمسمائة بل هو خمسمائة يقضى عليه
بخمسمائة لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء يجعل كحدوثه عند الشهادة ولو شهد بخمسمائة
لا يقضى بالف كذا هنا واليه مال شمس الائمة السرخسي رح وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رح
اذا شهد شاهدان لرجل بشهادة ثم زادا فيها قبل القضاء او بعده وقالا اوهمنا وهما غير متهمين
قبلت ذلك منهما وروى بشر عن ابي يوسف رح في رجل شهد عند القاضي بشهادة ثم جاء بعد ذلك
فقال شككت في كذا وكذا في شهادتي التي شهدت بها فان كان القاضي يعرفه بالصلاح قبلت شهادته
فيما بقي ولذا كان لا يعرفه بالصلاح فهذه تهمة وكذا قوله رجعت عن شهادتي في كذا وكذا من هذا
المال او غلطت او نسيت فهو مثل قوله شككت **قوله** وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض الحدود
بان يذكر الحائط الشرقي مكان الحائط الغربي او على العكس او في بعض النسب بان محمد بن احمد
بن عمر مكان محمد بن علي بن عمر فلا انه يقبل اذا تدارك في مجلسه ولا يقبل بعده **قوله** و
هذا اذا كان موضع شبهة فلا باس باعادة الكلام قال في النهاية اي موضع شبهة التلبيس من
المدعي والمدعى عليه واما اذا لم يكن موضع شبهة فلا باس باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع
لفظ الشهادة وما يجري مجرى ذلك بان يترك ذكر اسم المدعي او المدعى عليه او ترك الاشارة
الى المدعي والى المدعى عليه وعن ابي حنيفة وابي يوسف رح انه يقبل قوله في غير المجلس اذا كان
عدلا والاول هو الظاهر

باب الاختلاف في الشهادة

قوله لان تقدم الدعوى في
حقوق العباد شرط قبول حقوق العباد ولانه لا يشترط في حقوق الله تعالى تقدم الدعوى بقبول
الشهادة لان كل احد خصم في اثبات حق الله تعالى لانه واجب الرعاية على كل احد فكان
الدعوى موجودة وحق الانسان يتوقف على مطالبته او من يقوم مقامه فاذا وافقت
الشهادة الدعوى فقد وجد من المدعي في مطالبته ما شهد به الشهود فيقبل واذا خالفها لم توجد

Copyright © King Saud University

من المدعى بطالبته ما يشهد به الشهود فلم يقبل **قوله** ويعتبر اتفاق الشاهدين لان القضاء انما
يجوز بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا يثبت الحجة واتفاقهما في اللفظ والمعنى
شرط عندنا خلافا لهما والمراد باتفاقهما لفظا تطابق لفظيهما على افادة المعنى بطريق الوضع لا
بطريق التضمن فان شهد احدهما بالف والآخر بالفين لا يقبل الشهادة عنده كما لو شهد احدهما
بدرهم والآخر بدينار ونحو هذا لان اللفظ الالفين غير لفظ الالف وما يراد بالفين غير ما يراد
بالالف فلم يثبت واحد من اللفظين لانه ليس على كل واحد من اللفظين الا شهادة واحد **قوله**
قيل الالف موجود في الالفين **قلنا** نعم اذا ثبت الالفان ثبت الالف في ضمنه فاذا لم يثبت
المتضمن كيف يثبت ما في ضمنه الا ترى انه لو شهد احدهما انه قال لامرأته انت خلية وشهد
الآخر انه قال لها انت برية لا يثبت شيء وان اتفقا في المعنى واذا شهد احدهما بالف والآخر
بالفين يقبل ان وقع الدعوى في الالفين بان كان في كيسه الف درهم فشهد احدهما ان جميع
ما في الكيس وهو الف درهم وشهد آخران نصف ما في الكيس وهو الف درهم تقبل شهادتهما
الا ان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه **قوله** بل هما جملتان متباينتان اي كل منهما
وتسميته جملة لان كل واحد منهما جملة مغايرة لجملة هي مدلول الآخر **قوله** فلا يمكن التوفيق
هذا جواب الاستحسان والقياس ان يقبل لامكان التوفيق **قوله** وجوابه ما قلنا وهو قوله
لاتفاقهما عليه **قوله** هذا الكتاب في غير المشهود به الاول اي الكتاب في القضاء لا في المرض
وهو المرض ومثله للشيخ المقتول بانه ان الشاهدين انا شهدنا الانسان بانه شهدا
عليه بمال لانسان آخر فكذبهما المشهود عليه الذي هو المشهود له اولا يقضي له وان كان هو
يفسقهما بما شهدا عليه لان هذا تفسيق على عمل اضطراري والموجب للرد هو التفسيق عن
اختيار وكذلك لو شهد الشاهدان لرجل على رجل بالف درهم ومائة دينار فكذبهما
المشهود له في المائة الدينار يقبل شهادتهما ثم هنا كذبهما فيما شهد عليه وهو القضاء فلا يمنع
في شهادتهما له **قوله** ولو شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد آخران انه قتل
يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين ولذا اختلف الشاهدان في الزمان
والمكان في البيع والشراء والعتاق والطلاق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض
والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح
لا يقبل والاصل ان كان المشهود به قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين في الزمان و
المكان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب
ونحوه او قولا لكن الفعل شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط
واختلافهما في الزمان والمكان يمنع القبول لان الفعل في زمان او مكان غير الفعل في زمان
او مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال ابو يوسف ومحمد رح اذا اختلف شاهدا القذف

في زمان

في زمان او مكان لا يقبل شهادتهما وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على
كل منهما شاهدان وان كان احدهما انشاء والآخر اخبارا فهما لا يتفقان لان الانشاء ان يقول
زنيت او انت زان والاخبار ان يقول قذفتك بالزنا وابو حنيفة رح يقول يحتمل انه سمع احدهما
الانشاء والآخر الاقرار او كلاهما الاقرار ويثبت عندهما قذفا فيما شهد واحد واذا شهد على
رجل بسرقة بقرة واختلفا في لونها قطع وقالا لا يقطع هذا الخلاف فيما اذا كان المدعي يدعي
سرقة بقرة فقط اما اذا ادعى سرقة بقرة بيضاء او سوداء لا يقبل شهادتهما بالاجماع لانه كذب
احد الشاهدين **قوله** فصار كالغصب بل اولى لان امر الحد اهم الى الحد اعتبر في الاثبات من الغصب
لان الغصب يثبت بشهادة النساء مع الرجال وبالشهادة على الشهادة ولا كذلك الحد فلما
لم يثبت الغصب بهذه الشهادة فاولى ان لا يثبت الحد **قوله** ولو ان التوفيق ممكن الى قوله واللونان
يتشابهان او يجتمعان **فان قيل** هذا احتيال وطلب توفيق لاثبات الحد وهو القطع والحد
يحتال لدرئه لا لاثباته **قلنا** ان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقل نصاب
كما اذا اختلفا في ثياب السارق وهذا لانهما يكلفان بيان القيمة ليعلم انه هل كان نصابا او
اما اللون فلا واذا لم يكن القطع مضافا الى بيان الوصف صار هذا بمنزلة الحقوق التي تثبت
مع الشبهات فيصح الاحتيال للاثبات احياء للحقوق بقدر الامكان والتوفيق ممكن على
هذا اثبات ان الاختلاف فيما ليس من صلب الشهادة اذا كان على وجه يمكن التوفيق لا يمنع
قبول الشهادة **فان قيل** لو كانت البقرة على هذين اللونين يسمى بلقاء لا سوداء ولا بيضاء
قلنا نعم ولكن في حق من يعرف اللونين اما في حق من لا يعرف الا احد اللونين فهما
فيوقع عليه ذلك اللون **قوله** وكذا الوقوف على ذلك بالقرينة فلا يشتبه اي الوقوف على
حقيقة الذكورة والانوثة لا يكون الا بعد القرب منها وعند ذلك لا يشتبه فلا حاجة الى التوفيق
قوله لان المقصود اثبات السبب وهو العقد ويختلف باختلاف الثمن **فان قيل** المقصود
الحكم وهو الملك لا السبب لان الاسباب لا تراعى لذاتها وانما هي وسيلة المقصود فكيف
يكون اثبات السبب مقصودا **قلنا** الحكم مقصود في حق الانتفاع حتى اذا ثبت الحكم لا يجب
السؤال عن سببه انه باي سبب ثبت هنا فان الشهادة بالملك المطلق صحيح ولكن لو ثبت
الحكم لا يثبت الا بسبب معين وقد وقع الاختلاف بين الشاهدين في حق ذلك السبب
المعين فكان اثبات ذلك السبب المعين مقصود المدعي والشاهدين حتى يثبت الحكم
بناء عليه لا بنفسه وذكر شيخ الاسلام علاء الدين السمرقندي في شرح الجامع
في آخر الباب من الاقرار الذي يختلف فيه المعلق قال السيد الامام اذا ادعى الشراء (المطلق)
فشهد احدهما بالشراء بالف درهم والآخر بالشراء بالف وخمسمائة يقبل واذا اختلف
الجنسان بان يشهد احدهما بالشراء بالف درهم والآخر بالشراء بمائة دينار لا يقبل لان

Copyright © King Saud University

الشراء الواحد قد يكون بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف درهم والآخر بالشراء بالف دينار لا يقبل لان الشراء الواحد لا يكون بالف وخمسمائة بان يشتريه بالف ثم يزيد في الثمن خمسمائة فقد اتفقا على الشراء الواحد اما الشراء الواحد فلا يكون شراء بالف ثم يصير شراء بالف دينار كذا في الفوائد الظهيرية قوله لما بينا اشارة الى ان المقصود اثبات السبب قوله فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه اي خلافا ووفاقا قوله لانه لا حظ له في الرهن فان الحق في الرهن للمرتهن دون الراهن بدليل ان للمرتهن ان يرد الرهن متى شاء والراهن ليس له ولاية استرداد الرهن متى شاء ولا يعتبر منفعة سقوط الدين عن الراهن بهلاكه لانه موهوم عسى لا يثبت ومنفعة الحبس للمرتهن قائم متحقق فلا يعتد بينة الراهن على اثبات حق الغير قوله وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين لان الرهن لا يكون الا بعد تقدم الدين فتقبل البينة في حق ثبوت الدين كما في سائر الدعاوى ويثبت الرهن بالالف ضمنا وتبعا للدين قوله وان كان بعد مضي المدة والمدعي هو الآجر فهو دعوى الدين اراد بقوله فالمدعي هو الآجر لانه لو ادعى المستأجر عقد الاجارة بعد انقضاء مدة الاجارة كان ذلك منه اعترافا بمال الاجارة فيجب عليه ما اعترف فلا حاجة فيه الى اتفاق الشاهدين او اختلافهما قوله يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى اقل المالين او اكثرهما في الصحيح فان قيل في هذا تكذيب المدعي لاحد الشاهدين كما في البيع قلنا المال ليس بمقصود ههنا لما ان النكاح يجوز بدون ذكر المال ولو لزم التكذيب انما لزم في البيع والتكذيب فيه لا يوجب التكذيب في الاصل وهو العقد بخلاف البيع فان المال مقصود فيه فالتكذيب في المقصود يوجب نفي الحكم لانعدام نصاب الشهادة قوله وقيل الاختلاف في الفصلين وهما اذا كان المدعي الزوج واما اذا كان المدعي المرأة قوله وهذا اصح والوجه ما ذكرناه وهو ما ذكر من الدليل في الطرفين من قوله لهما ان هذا اختلاف في العقد الى ان قال ولا بي حنيفة ان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل وهذا الدليل لا يفرق بين ان يكون المدعي الزوج او المرأة باب الشهادة على الارث قوله ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له وهذا بالاجماع اما عند ابي يوسف فظاهر لانه لا يشترط الجر والانتقال لقبول البينة لانه لما ثبت بهذه الشهادة كون الدار ملكا للمورث يوم الموت ثبت الملك للوارث ضرورة لانه خليفته في الملك فصارت الشهادة بانها كانت ملكا للمورث بمنزلة الشهادة للحي بانها كانت له وبمنزلة الشهادة للمشتري انها كانت لبائعه وكذا على قولهما لانهما وان كانا يشترطان الجر والانتقال الى الوارث في الشهادة لكنهما لم يشترطا ذلك ههنا لان المدعي يثبت الجر تقديرا في المدعي عند الموت بما اقام من البينة لان يد المستعير والمودع يد المعير والمودع فصار كانه اقام البينة ان اباه مات وهي في يده ولو كان كذلك كانت البينة مقبولة فكذا

هنا

هنا قوله وفي حق العين اي في حق احكام يرجع الى العين وقوله ويحل للوارث العفو اي لا يجدد الملك فلا حاجة فلا بد من النقل بان يشهد وا بانه مات وتركها ميراثا له او بانه مات وهو ملكه قوله وكنا على قيام يده على ما نذكر ان شاء الله تعالى وهو اشارة الى ما ذكر بعده بقوله لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان وذلك لان اليد عند الموت الخ من ان يكون يد ملك او غصب او امانة فان كانت يد ملك فظ وكذا ان كانت يد غصب لانها عند الموت تصير يد ملك لان بالموت يتقرر عليه الضمان ويصير المضمون ملكا له وان كانت يد امانة تصير يد غصب بالتجهيل فصارت يد ملك اي فصارت الشهادة بيد مطلقة عند الموت شهادة بيد بالملك عند الموت والملك الثابت عند الموت ينتقل الى الوارث ضرورة قوله وان قالا لرجل حي حتى اذا كانت الدار في يد رجل فادعاها رجل آخر وليست الدار في يده انها له فشهد الشهود على هذا الطريق متى تقول حي لانهم لو شهدوا للميت بانها كانت في يده وقت الموت يقبل الشهادة بالاجماع ويكون الدار للوارث وقد ذكرناه وقيد بقوله انها كانت في يد المدعي لانهم لو شهدوا انها كانت له يقبل بالاتفاق واما قوله منذ اشهر فليس بقيد فانه ذكر الامام التمرتاشي ان شهدا للحي ان العين كانت في يده لم يقبل وعند ابي يوسف انه يقبل قوله وان اقر بذلك المدعى عليه يعني قال المدعى عليه ان هذه الدار كانت في يد المدعي هذا وكذلك لو شهد الشاهدان ان المدعى عليه اقر انها كانت في يد المدعي يقبل شهادتهما لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وذلك لا يمنع القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهدوا على اقرار المدعى عليه انه لم علم شيئا جازت الشهادة ويجبر على البيان كذا في الجامع الصغير لقاضيخان باب الشهادة على الشهادة قوله وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية لزمت شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل انه لا يجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا يجري في العبادة البدنية او لانه يمكن زيادة الشبهة فيها لان الاخبار اذا تناسخها الالسنة تمكن فيها زيادة ونقصان الا انهم تركوا القياس احياء للحقوق قوله ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت اي وبتلك الحاجة اي جوزنا الشهادة على شهادة الفرع ثم وثم الا ان فيها شبهة البدلية فلا يقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص قوله كشهادة النساء مع الرجال اي لا يجوز لان شهادة النساء مع الرجال في صورة الخلف وليست بخلف حقيقة حتى انه يجوز العمل بشهادة رجل وامرأتين مع القدرة على استشهاد رجلين وهذا خلف حقيقة حتى لا يصار اليها الا عند العجز عن شهادة الاصول وان لم يشترط العجز عن شهادة سائر الاصول وقوله ان معنى البدلية لا يقوى لان القاضي يقضي بشاهدين شهدا باصل وبشهادة شاهدين على شهادة آخر ولا يجوز تكميل الاصول بالبدل كما في الوضوء والتيمم ويجوز القضاء بذلك مع القدرة على شهادة الاصول ولكن

Copyright © King Saud University

فالشهادة على الشهادة شبهة زائدة يمكن الاحتراز عنها بجنس الشهود فان يكثر الاصول
ما ذا ظهر لبعضهم عذر يتخلف بعضهم لان الشبهة في عامة الشهادات ثبتت في المشهود به
احق هو ام لا وههنا ثبتت شبهة زائدة في نفس الشهادة هل وجدت من الاصول ام لا فان قيل
ذكر في المبسوط ان الشاهدين اذا شهدا على شهادة شاهدين ان قاضي بلدة كذا ضرب فلانا حدا
في قذف فهو جائز قلنا لان المشهود به فعل القاضي لا نفس الحد وفعل القاضي مما يثبت بالشبهات
واما الذي لا يثبت بالشبهات الاسباب الموجبة للعقوبة واقامة القاضي حد القذف ليست
بسبب موجب للعقوبة فان قيل اليس اقامة الحد مسقطة للشهادة بطريق العقوبة
قلنا لا ولكن رد شهادته من تمام حده فيكون سببه ما هو السبب الموجب للحد وهو القذف
قوله ولنا قول علي رض لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين فوجه التمسك بهذا هو ان
الاثر دل على جواز الشهادة على الشهادة بالشاهدين مطلقا من غير تقييد بان يكون بازاء
كل اصل فرعان ومن قال به كان تقييدا للاطلاق بغير دليل اذ لم يرد عن غيره خلافه فنزل ذلك
للجواز فان قيل ينبغي ان لا يجوز شهادة الفرعين عن اصلين لان الفرعين لما شهدا على
شهادة اصل واحد صارا بمنزلة اصل واحد ثم لو شهدا ايضا عن اصل آخر صارا بمنزلة
احد الاصلين يشهد عن نفسه وعن اصل آخر قلنا الفرعان نصاب تام في الشهادة لانه
شهادة رجلين اما الاصل الواحد فهو فرد غير متعدد في نفسه فلا يصلح ان يقوم مقام نفسه
ومقام صاحبه لا حقيقة ولا تقديرا قوله من الحقوق اي من حقوق الناس لانه يجب على
كل واحد من الاصلين ان يؤدي ما عليه اذا طالبه المدعي قوله لما رويناه من قول علي رض وهو
حجة على مالك رح فانه يقول لا يجوز شهادة الاثنين الا الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم
مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسول في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكانه حضر وشهد
بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة قوله ولا بد
ان يشهد كما يشهد عند القاضي لما لا بد ان يشهد الاصل كما يشهد عند القاضي لينقل
شاهد الفرع الى مجلس القاضي ولا بد من التحميل وهو ان يقول اشهد على شهادتي اني اقول
اشهد على بذلك لانه يحتمل ان يكون على اصل الحق المشهود به وهو اقرب الى الكذب كذا اقول
فاشهد بشهادتي لانه يحتمل ان يكون مراده فاشهد بمثل شهادتي فيكون امرا بالشهادة
على اصل الحق قوله لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل لانه يشهد على شهادة الاصل
قوله وذكر التحميل ولم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل قوله وله لفظ اطول من هذا وهو
ان يقول الفرع بين يدي القاضي اشهد ان فلانا شهد عندي ان لفلان على فلان كذا
كذا من المال واشهدني على شهادته وامرني ان اشهد على شهادته وانا اشهد على شهادته
بذلك الآن فيحتاج الى ذكر ثمان شينات وفيما ذكر في الكتاب خمس شينات وما ذكر في

الكتاب

[stamp]

شهادة
الكتاب اختيار شمس الائمة الحلواني رح وقوله واقصر منه وهو ان يقول الفرع عند القاضي اشهد على
فلان بكذا لان فيه شينان فلا يحتاج الى زيادة شيء وهو اختيار الفقيه ابي الليث واستاذه اختياره
ابي جعفر رح وهكذا ذكر محمد رح في السير الكبير وحكي ان فقهاء زمن ابي جعفر رح كانوا يخالفون
ابا جعفر في ذلك وكانوا يشترطون زيادة تطويل في اداء الفرع فاخرج الرواية من السير فانقادوا له
لو اعترض احد على الشهود هذا كان فيه حرج من ذلك وهو اسهل وايسر كذا في الذخيرة والمغني
قوله ومن قال اشهد في فلان على نفسه اي اشهد في المقر على اقراره لم يشهد السامع على
شهادته اي لا يحل للسامع ان يشهد على شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من
التحميل وهو شرط عند محمد رح وذلك لان شاهد الفرع يحتاج ما علم له بالحق لكونه ينقل شهادة غيره
عند محمد رح بطريق التوكيل حتى لو رجع الاصول بعد الفروع وجب الضمان على الاصول
في قول محمد رح ولو رجع الاصول والفروع جميعا يخير المشهود عليه ان شاء ضمن الاصول وان
شاء ضمن الفروع فلا يصير الوكيل وكيلا عن الموكل بامره وفي الفوائد الظهيرية ومعنى
قوله اشتركوا بالضمان عند الرجوع ان المشهود به بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن
الفروع وليس معناه انه يقضي بالنصف على الاصول وبالنصف على الفروع بل هذا كالغاصب مع
غاصب الغاصب فالمغصوب منه ان يضمن ايهما شاء وفي الذخيرة فان ضمن الفروع فالفروع لا
يرجعون على الاصول كما في باب الغصب لو ضمن المالك الغاصب الثاني لا يرجع به على الغاصب
الاول وان ضمن الاصول لا يرجعون على الفروع ايضا بخلاف ما لو ضمن الغاصب حيث يرجع به
على غاصب الغاصب واما عندهما فلان الحكم لو كان يضاف الى الفرع حتى يجب الضمان عليهم دون
الاصول عند الرجوع ولكن نقول انما يصح اذا اثبتوا ما هو حجة والشهادة في غير مجلس القضاء
ليست بحجة فيجب النقل الى مجلس القضاء ليصير حجة ويظهر ان التحميل حصل بما هو حجة ولما لم يكن
بد من النقل لم يكن بد من التحميل وفي الفوائد الظهيرية نقول هم في هذا الموضع لان الشهادة لا تكون
حجة الا في مجلس القاضي فلا يحصل العلم للفرع لقيام الحق بمجرد شهادة الاصل بين يديه لان الفرع
لا يسعه الشهادة ولو كان الاصل يشهد بالحق عند القاضي في مجلسه فلا بد من طريق آخر وهو
ان الشهادة على الشهادة لا تجوز الا بالتحميل ووجه ذلك ان الاصل له منفعة في نقل الفرع
شهادته من وجه وهو ان الشهادة حق مستحق على الاصل يجب عليه اداؤها وبالاثم بكتمانها متى
تحقق الطلب من له الحق كما لو كان عليه دين فمن عليه الدين اذا تبرع انسان بقضائه عنه يجوز
وان لم يكن بامره فباعتبار هذا لا يشترط الامر بصحتها غير ان فيها مضرة من حيث انها حجة في
ابطال ولاية يتعذر قوله على المشهود عليه وابطال الولاية بدون امره مضرة فباعتبار
هذا يشترط الامر وصار هذا كمن له ولاية في انكاح الصغيرة اذا انكحها اجنبي بغير امره لا يجوز
لما فيه من ابطال الولاية عليه قوله حتى دير عليها عنه من الاحكام نحو قصر الصلوة والفطر

[stamp]

في الصوم وامتداد مسح الخف الى ثلاثة ايام وعدم وجوب تكبيرات ايام التشريق على قول ابي حنيفة رح
والاضحية والجمعة وحرمة خروج المراة من غير محرم او زوج قوله والثاني ارفق وهو ما قال
ابو يوسف رح انه لو كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله فهي
الذخيرة فذكر قول ابي يوسف رح وقال كثير من المشايخ اخذوا بهذه الرواية ثم قال وعن
محمد رح ان الشهادة على الشهادة يجوز كيف ما كان حتى روي عنه انه اذا كان الاصل في زاوية المسجد
يشهد الفرع على شهادته في زاوية اخرى من ذلك المسجد يقبل شهادتهم قوله فان عدل
شهود الاصل شهود الفرع جاز لان شاهد الفرع اذا صلح مزكيا فلا فرق بين تزكيته وتزكية
غيره وكذا اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الآخر صح لما قلنا انه من اهل التزكية قوله عن
اللغوي غاية ما يرد فيه من امر التهمة ان يقال ينبغي ان لا يصح تعديله لانه متهم بسبب ان في تعديله
منفعة له من حيث تنفيذ القاضي قوله على موجب ما يشهد لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم
في شهادة نفسه مع احتمال انه انما يشهد ليصير مقبول القول وان لم يكن له شهادة كيف يتهم
وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة وعن محمد رح انه لا يثبت عدالة
الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية وان قال الفرعان لا نخبرك لا تقبل القاضي
شهادة وعن ابي يوسف رح اذا قال الفرعان لا نخبرك يسأل غير الفرعين عن الاصول ولو
قال الفرعان لا نعرف الاصل عدلا ام لا قال الشيخ الامام ابو الحسن علي السغدي رح هذا
وقول الفروع لا نخبرك سواء وقال شمس الائمة الحلواني اذا قالا لا نعرفهم اعدل ام لا لا يرد
القاضي شهادتهما ويسأل عن الاصول غيرهما وهو الصحيح لان شاهد الاصل بقي مستورا
واما اذا شهد شاهدان عند القاضي فشهد والقاضي يعرف عدالة احدهما ولا يعرف عدالة
الآخر فعدله هذا العدل اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يصح تعديله لانه يريد تنفيذ شهادة
نفسه بهذا التعديل فكان متهما فلا يصح تعديله قوله وان انكر شهود الاصل لم تقبل شهادة
شهود الفرع ومعنى المسئلة انهم قالوا ما لنا على شهادة على هذه الحادثة وماتوا
او غابوا ثم جاء الفروع يشهدون على شهادتهم لهذه الحادثة اما مع حضرتهم فلا التفت
الى شهادة الفروع وان لم ينكروا هذا لان التحمل شرط وقد فات للتعارض بين الخبرين
قوله ويشهدان ان المحدود في يد المدعى عليه وفائدة كون المحدود في يد المشتري حالة
الدعوى تظهر فيما اذا ادعى الشفيع ان فلانا باع ما المحدود في يد المشتري ولي استحقاق الشفعة
اما لو كان المدعي هو البايع فطالب المشتري بالثمن فلا حاجة الى كون المحدود في يد المشتري
قوله وكذلك كتاب القاضي الى القاضي اذا فرض كتاب القاضي الى القاضي وفيه ان شاهدين
شهدا بين يدي ان فلان بن فلان على فلان بن فلان كذا من المال وانكر ذلك انه
هو فلان بن فلان لا يكون الكتاب حجة في حقه ما لم يشهدا آخران انه فلان بن فلان هذا

لان كتاب القاضي بنقل الشهادة كالشهادة على الشهادة الا ان القاضي بولايته وامانته ينفرد
بالنقل قوله ولو قالوا في هذين البابين اي في باب الشهادة على الشهادة وكتاب القاضي
الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة الفخذ
آخر القبائل الست كذا في الصحاح وفي الكشاف في قوله تعالى وجعلناكم شعوبا وقبائل الشعوب
الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب والقبيلة
والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة
تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة قبيلة
وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسميت الشعب لان القبائل
تشعب منها فعلى هذا لا يكون الفخذ هي القبيلة الخاصة والمراد بالفخذ في الكتاب القبيلة
الخاصة وفي الديوان الشعب بفتح الشين والعمارة بكسر العين قوله ثم التعريف وان كان
يتم بذكر الجد عند ابي حنيفة ومحمد رح خلافا لابي يوسف رح فان عنده يتم بذكر الاب ولا
يحتاج الى ذكر الجد في التعريف قوله لانه اسم الجد الاعلى اي في القبيلة الخاصة قوله نزل
منزلة الجد الادنى وهو اب الاب فصل شاهد الزور انه يشهر ويعزر ان يقر على
نفسه بالكذب متعمدا فيقول كذبت فيما شهدت متعمدا او يشهد بقتل رجل ثم يجيء المشهود
بقتله حيا حتى يثبت كونه كاذبا ولا طريق لاثبات ذلك بالبينة لانه نفي لشهادته والبينة
حجة الاثبات دون النفي قوله فاما اذا قال غلطت او اخطأت او ردت شهادته لتهمة او
لمخالفة بين الدعوى والشهادة لا يعزر اصلا قوله وتسخيم وجهه اي تسويده من السخام
هو سواد القدر واما بالحاء المهملة من السحم وهو الاسود فقد جاء كذا في المغرب وفي
المغني ولا يسخم وجهه ويروى هذا اللفظ بالخاء والحاء جميعا قوله ولان هذه كبيرة قال
عليه السلام ايها الناس عدلت شهادة الزور بالاشراك بالله تعالى ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس
من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسال رجل عن الكبائر فقال الاشراك بالله وعقوق
الوالدين وقتل النفس بغير حق وشهادة الزور فاذا ثبت انه مرتكب الكبيرة فلا بد من التعزير على
ذلك ويشهر لاعلام الناس حتى لا يعتمدوا شهادته بعد ذلك قوله وان كان شهره
فيشهر ولا يضرب فان قيل السؤال ان ابا حنيفة رح لا يرى تقليد القاضي حتى روي عنه
انه قال لا نقلدهم رجال اجتهدوا ونحن رجال نجتهد وقال مشايخنا المتاخرون وانما ذكر ابو
حنيفة رح اثار قول التابعين في كتبه لبيان انه مستند بهذا القول لا لتقليده وقال
مشايخ الآخر عنه قلنا ذكر في النوادر عن ابي حنيفة رح من كان من ائمة التابعين وافتى
في زمن الصحابة نعم رايهم في الفتوى وسوغوا له الاجتهاد فانا اقلده مثل شريح
والحسن وابراهيم وعلقمة رح وعلى هذه الرواية لا يحتاج الى الجواب على ظاهر الرواية

قالوا لم ينكر قوله محتجا به بل محتجا بتجويز الصحابة فعلم ان قضاءه ونسبه كان بمحضر من عمر وعلي رض فانه كان قاضيا في عصرهما وانتشر من قضاياه كالمروي عنهما فكان هذا في الحقيقة احتجاجا بقولهما وابو حنيفة رحمه الله يرى تقليد كل من كان من الصحابة كذا في الجامع الصغير للامام المحبوبي وذكر العلامة النسفي في الكافي وشريح كان قاضيا فذ من الصحابة ومثل هذا اشتهر لا يخفى على الصحابة ولم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فكان هذا منه احتجاجا باجماع الصحابة لا تقليدا لشريح لانه لا يرى تقليد التابعي قوله وفائدته اي فائدة وضع الجامع الصغير ان شاهد الزور انما يعرف بانه شهادته كانت بغير او كذبا باقراره لا غير ولا يعرف ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات **باب** الرجوع عن الشهادات قوله اعلم ان للرجوع ركنا وحكما وشرطا فركنه قول الشاهد بعدما شهد رجعت عما شهدت به او يقول شهدت بزور فيما شهدت وشرط جوازه ان يكون الرجوع عند القاضي وحكمه وجوب التعزير كاذبا والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وفقد ان الرجوع عوض قوله ولا يصح الرجوع الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس هو مجلس القضاء اي قاض كان فان قيل ينبغي ان لا يكون الرجوع مختصا بمجلس القضاء لان الرجوع من الشاهد اقرار بضمان مال المشهود عليه على نفسه بسبب الاتلاف بالشهادة الكاذبة والاقرار بالضمان لا يختص بمجلس القضاء قلنا ما كان شرطا في الابتداء كان شرطا في البقاء كالمبيع فان وجوده شرط لصحة البيع فكذا بقاؤه شرط لصحة الفسخ فمجلس القضاء شرط لصحة الشهادة وكذا يجب ان يكون مجلس القضاء شرطا لفسخ الشهادة وهو الرجوع عن الشهادة ولا يلزم على هذا احضار راس مال السلم فانه ليس بشرط في فسخ السلم مع انه مشروط في ابتداء عقد السلم لانا نقول اشتراط وجود راس مال السلم في عقد السلم لا لعقد السلم بل لئلا يفسد السلم بعد الصحة اذا افترقا لا عن قبض احترازا عن الكالي بالكالي وذلك المعنى لا يوجد في الفسخ قوله كحافر البئر في قارعة الطريق فان نقل الساقط فيها علة التلف والمشي سبب والحفر شرط لانه ازال المانع من السقوط فالنقل امر طبيعي لا يصلح للضمان اضافة التلف اليه والمشي مباح لا تعدي فيه فاضيف الحكم الى الحفر لان الحافر متعد فيه وههنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي بان حصل الاتلاف بقضائه لانه بمنزلة الملجأ من جهة الشاهدين الى القضاء فانه بعدما ظهر عدالتهما وجب عليه القضاء شرعا حتى لو امتنع منه ياثم ويعزل ويعزر ولا يمكن استيفاء من المدعي لان الحكم ماض فيما وجب الضمان على الشاهدين لانهما متسببان وقد اقرا على انفسهما بالتعدي قوله وقال الشافعي لا يضمنان لانه لا عبرة بالتسبب عند وجود المباشرة ولا يلزم عليه القصاص على الشهود اذا رجعوا مع وجود المباشرة من الولي على اصله لانه انما اعتبر السببية احتياطا في امر الدماء وتعظيما لامر

الامر

الا انه عمل بالقصاص في باب القسامة ولحديث علي رض حيث قال لشاهدي السرقة رجعا لو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما قلنا حديث علي رض كان للتهديد لانه صح من مذهب علي رض ان اليدين لا تقطعان بيد واحد وقد يتهدد الامام بما لا يتحقق كما قال عمر رض ولو تقدمت في المتعة لرجمت والمتعة لا توجب الرجم بالاتفاق قوله لانه كالملجأ الى القضاء ولم يقل انه ملجأ لانه لو صار ملجأ حقيقة بشهادة الشهود على الحكم لوجب القصاص على الشاهدين في الشهادة بالقتل العمد اذا ظهر كذبهم كما في المكره وليس كذلك وذلك لان الملجأ حقيقة هو من يخاف العقوبة في الاخرة ولا يصير ملجأ لان كل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة على تركها في الاخرة ولا يصير مكرها قوله وانما يضمنان اذا قبض المدعي المال دينا كان او عينا لانه يتحقق الخسران عند تسليم المال الى المقضي له فاما ما بقيت يده على المال فلا يتحقق الخسران في حقه ولان الضمان مقدر بالمثل فهما اتلفا عليه دينا حين الزماه بشهادتهما ذلك فلو ضمنهما قبل ذلك اي قبل قبض المدعي العين او الدين فقد استوفى منهما عينا في مقابلة دين ولا مماثلة بين اخذ العين والزام الدين وفي الاعيان وان ثبت الملك للمقضي له بالقضاء ولكن المقضي عليه يزعم ان ذلك باطل وان المال في يده ملكه فلم يكن له ان يضمن الشاهدين شيئا ما لم يخرج المال من يده بقضاء القاضي كذا في المبسوط وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وان كان المشهود به عينا فللمشهود عليه ان يضمن الشاهد بعد الرجوع قبض المشهود العين او لم يقبض لان الشهود ازالوا الملك عنه بشهادتهما عند اتصال القضاء حتى لا ينفذ تصرف المشهود عليه فيه فلو اخذا العين من ملكه باخذ الضمان منهما لا ينتفي المماثلة بخلاف ما اذا كان المشهود به دينا قوله والاصل ان المعتبر في هذا المقام بقاء من بقي لا رجوع من رجع لانه لو اعتبر رجوع من رجع كان الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود من يقيمه وهو الشاهدان بان شهد ثلثة ورجع واحد قوله والتلف متى استحق سقط الضمان فالحاصل ان يشبع كمن غصب الاشياء والمغصوب ثم استحق ذلك المال بالبينة فلا ضمان للمالك عليه على المتلف لانه لم يضمن المستحق شيئا فان رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال لانه بقي على الشهادة من يبقى به نصف المال والجوبان لا يثبت الحكم ابتداء ببعض العلة ثم يبقى ببقاء بعض العلة كالنصاب الحول لا ينعقد على بعض النصاب ويبقى منعقدا ببقاء بعض النصاب فان قيل ينبغي ان يضمن الراجع الثاني فقط لان التلف اضيف اليه قلنا التلف يضاف الى المجموع الا ان رجوع الاول لم يظهر اثره لمانع وهو بقاء من بقي فاذا رجع الثاني ظهر ان التلف بهما قوله لان المقيمين مستحق للمماثلة على ما عرف ولا مماثلة بين البضع والمال فاما عند دخوله في ملك الزوج فقد صار متقوما اظهارا لخطره حتى يكون مصونا عن الابتذال فلا يملك مجانا فان ما يملك بلا عوض مجانا لا يعظم خطره وذلك محل خطر مثل خطر النفوس لحصول النسل به وهذا لا يوجد في طرف الازالة وقال الشافعي رح

يضمنان لها مازاد على ما شهدا الى تمام مهر مثلها واصل المسئلة ما اذا شهد شاهدان بالتطليقات
الثلث بعد الدخول ثم رجعا بعد القضاء بالفرقة لا يضمنان شيئا عندنا وعند الشافعي رح يضمنان
للزوج مهر المثل وكذلك لو قتل امرأة رجل لم يغرم القاتل شيئا من المهر عندنا وعند الشافعي رح
يضمن مهر المثل وكذلك لو ارتدت المرأة بعد الدخول لم تضمن للزوج شيئا عندنا وعند الشافعي
رح مهر المثل عليها لان البضع متقوم بدليل انه متقوم عند الدخول في ملك الزوج فيتقوم عند
خروجه من ملكه ايضا لانه انما يخرج من ملكه عند ما كما دخل في ملكه فيكون ضرورة التقوم في
احدى الحالتين التقوم في الحالة الاخرى كملك اليمين فانه يتقوم عند ثبوته ابتداء ويتقوم
ايضا عند الازالة بطريق الابطال وهو العتق حتى يضمن شهود العتق القيمة اذا رجعوا
قوله وكذلك اذا شهدوا على رجل انه تزوج امرأة بمقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما
ان البضع متقوم حال الدخول في الملك فان قيل منافع البضع كيف يصلح عوضا عن المهر
وان المرأة ليست بعين مال بدليل انه يثبت الحيوان دينا في الذمة بدلا عنها قلنا منافع البضع
حالة الدخول في الملك اعطيها حكم المال شرعا بدليل ان الشرع جوز للاب ان يزوج ابنه
الصغير امرأة بمهر مثلها من مال الصغير والوالد لا يملك ازالة ملك الصغير الا بعوض يعدله الا
ترى انه لو خالع ابنته الصغيرة بمالها لم يجز قوله ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او يكون فيه
خيار البائع فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملكه عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع
الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بهذا البيع فينبغي ان لا يضمنا شيئا
قلنا زوال الملك وان تاخر الى سقوط الخيار فالسبب هو البيع المشهود به ولهذا يستحق
المشتري المبيع بزوائده فكان الاتلاف مضافا اليهما والبائع كان منكرا لاصل البيع
فلا يمكنه ان يتصرف بحكم الخيار مع انكاره لانه اذا تصرف بحكم الخيار يصير مقرا بالبيع ويظهر
كذبه عند الناس والعاقل يتحامى عن مثله ولهذا لا يعتبر تمكنه من الفسخ في دفع الضمان عن
الشاهدين قوله ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ وانما قال في معنى الفسخ و
لم يقل هو فسخ لان النكاح بعد اللزوم لا يقبل الفسخ لكن لما عاد كل البدل وهو البضع الى المرأة
كما كان صار بمنزلة فسخ البيع قبل القبض وفي كل موضع اذا تم الفسخ يجعل كان العقد لم يجر
بين المتعاقدين فيعود ما كان لهما الى ملكهما كما لا فرق في هذا التقدير كان وجوب نصف المهر على
الزوج ابتداء لكون العقد بسبب الفسخ كان لم يكن وذلك الوجوب على الزوج كان بسبب شهادة
الشاهدين فعند الرجوع يضمنان للزوج ما اتلفاه من وجوب نصف المهر قوله كما مر في النكاح
اي في باب المهر قوله وان شهدوا على انه اعتق عبده وقضى ثم رجعا ضمنا قيمة العبد
لانهما اتلفا عنه مالا كما هو مال متقوم فيضمنان موسرين كانا او معسرين لان هذا ضمان اتلاف
المال وانه لا يختلف باليسار والاعسار ولا يمنع وجوب الضمان عليهما ثبوت الولاء للمولى لان الولاء

ليس

ليس بمال متقوم بل هو كالنسب فلا يكون عوضا عما اتلفا عليه من ملك المال فان قيل ينبغي ان لا يكون
الولاء للمولى لانه ينكر العتق قلنا بقضاء القاضي بالحجة صار مكذبا شرعا لان القاضي لما قضى
بالعتق من المولى صار الولاء وشهود الكتابة عند الرجوع يضمنون قيمة العبد بخلاف شهود
التدبير فانهم يضمنون النقصان عند الرجوع دون قيمة العبد والفرق بينهما ان الشاهدين
في الكتابة حالا بين مالية العبد وبين المولى بشهادتهما عليه وكانا بمنزلة الغاصبين فيضمنان
قيمته بخلاف التدبير فانهما لم يحولا بين المولى وعبده لكن انتقص بالتدبير مالية العبد فيضمنان
النقصان ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة على نجومها لانهما قاما مقام المولى في ذلك
حين ضمنا قيمته ولا يعتق المكاتب حتى يؤدي ما عليه لانه قبل رجوع الشاهدين كان يعتق لا
بعينها باداء جميع الالف للمولى فكذلك بعد رجوع الشاهدين بعدما ضمنا واذا ادى عتق والولاء للذي
كاتبه لان الشاهدين قاما مقام المولى في قبض بدل الكتابة منه فاداؤه اليهما كادائه الى المولى و
ان عجز ورد في الرق كان لمولاه لانه يعتبر لم يضمن مملوكه للشاهدين والمكاتب ليس بمحل للنقل
من ملك الى ملك غير ضمانهما غير صحيح في حقه ويرد المولى ما اخذ من الشهود عليهم لان الحيلولة قد
زالت لعجز المكاتب وهو نظير غاصب المدبر اذا ضمن القيمة بعدما ابق ثم رجع فيكون مردودا
على مولاه ويرد المولى على الغاصب ما اخذ منه قوله فاشبه المكره وبيان الشبهة ان المكره
سبب غير مباشر فكذلك الشاهد سبب غير مباشر والمكره يقتل قصاصا فكذلك الشهود
قوله بل اولى وبيان الاولوية ان الشهادة في السببية والافضاء الى القتل فوق الاكراه لان
الولي يعان على استيفاء القصاص والمكره يمنع عليه شرعا وعادة يحمى منع المكره من
المباشرة فلا يفضي الى القتل غالبا فاذا قتل المكره وهو المسبب فلان يقتل الشاهد وهو
في السبب فوق المكره اولى قوله ولان العفو مندوب قال الله تعالى فمن تصدق به فهو
كفارة له عقيب قوله تعالى والجروح قصاص وقال الله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وعن النبي
صلى الله عليه وسلم من كظم غيظا وهو يقدر على انفاذه ملأ الله تعالى قلبه امنا وايمانا وروي
ينادي مناد يوم القيمة اين الذين كانوا اجورهم على الله فلا يقوم الا من عفا قوله ولان الفعل
الاختياري مما يقطع النسبة اي القتل الصادر من الولي باختياره الصحيح من غير اجبار
مما يقطع نسبة القتل الى الشهود فكان القتل مقصورا على الولي فلم يكن الشاهد قاتلا لا
فعلا ولا حكما على ان اختيار يقطع النسبة الى الاول كمن حفر بئرا فالقى انسان عبدا في البئر لا ضمان
على الحافر لما قلنا بخلاف المكره فان له اختيارا فاسدا وللمكره اختيار صحيح فالفاسد في
مقابلة الصحيح بمنزلة المعدوم فصار المكره بمنزلة الآلة للمكره فلذلك انتقل فعل المكره
الى المكره قوله بخلاف المال اي الدية قوله لانهم اكدوا السبب الذي صيغ الاتلاف بالمال الذي
عليه وهو الاشهاد على شهادتهم ولا يبطل القضاء للتعارض بين الخبرين فصار كرجوع الشهود

بخلافها قبل القضاء لانهم انكروا التحميل فلا بد منه **قوله** لان القضاء وقع بشهادة الفروع من
الوجه الذي ذكر ابي حنيفة وابو يوسف رح اشارة الى تعليلهما ان القاضي قضى بما عاين
من الحجة وهو شهادة الفروع وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر اي محمد رح من
قوله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول **قوله** والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على
اصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول فلا يجمع بينهم في التضمين اي لا يقال ان
كل فريق يضمن النصف بل يجعل كل فريق كالمنفرد والمشهود عليه الخيار كالغاصب مع غاصب
الغاصب فان للمغصوب منه ان يضمن ايهما شاء **قوله** وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا
وهذا عند ابي حنيفة رح وقالا لا يضمنون لانهم اثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان
ولان التزكية اعمال للشهادة لان الشهادة انما تصير حجة بالعدالة والعدالة انما تثبت بالتزكية
فصارت في معنى علة العلة كالرمي فانه سبب لمضي السهم في الهواء ومضيه سبب الوصول الى المرمي
وذا سبب الجرح وذا سبب تتابع الالام وذا سبب الموت ثم الموت يضاف الى الرمي الذي هو
العلة الاولى حتى يجب عليه احكام القتل من القصاص والدية بخلاف شهود الاحصان لانه
شرط محض والشهادة على الزنا بدون الاحصان موجبة للعقوبة وشهود الاحصان
ما جعلوا ما ليس بموجب موجبا واما الشهادة فلا توجب شيئا بدون التزكية فمن
هذا الوجه يقع الفرق بينهما ولهذا يشترط الذكورة في المزكين كشهود الزنا وفيه خلاف
شهادة النساء مع الرجال ثم الاحصان في معنى العلامة لان حكم الشرط ان يمنع انعقاد
العلة الى ان يوجد الشرط والزنا اذا وجد لم يتوقف حكمه على احصان يحدث بعده فانه
اذا زنى ثم احصن لا يرجم ولكن الاحصان اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فثبت انه
علامة لا شرط فلم يتعلق به الوجود والوجوب اذ الحكم لا يضاف الى المظهر فلهذا لم يضمنوا
على ما **قوله** واذا شهد شاهدان باليمين يعني شهدا انه قال لعبده اذا دخلت الدار فانت
حر او قال لامرأته وهي غير مدخول بها ان دخلت الدار فانت طالق **قوله** ولم يرجع شهود الشرط
وحدهم اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمنون لان الشرط اذا سلم عن معارضة
العلة صلح علة لان العلل لم تجعل عللا بذواتها فاستقام ان يجعلها الشروط ان الصحيح
شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات والى هذا مال شمس الائمة السرخسي
رح والى الاول فخر الاسلام البزدوي فلو شهدا بالتفويض وآخران بانها طلقت او اعتقت
فالتفويض كالشرط والله اعلم

كتاب الوكالة

الوكيل القائم بما فوض اليه
الجمع الوكلاء وكانه فعيل بمعنى مفعول لانه موكول اليه الامر اي مفوض اليه والوكالة بالكسر
مصدر الوكيل والفتح لغة فيه وكله بالبيع فتوكل اي قبل الوكالة وتوكل الوكيل الحافظ
والوكالة الحفظ فذلك سبب عن الاعتماد والتفويض كذا في المغرب الوكالة في اللغة

اسم

اسم للتوكيل وهو تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل به لان الموكل وكل اليه القيام بامره اي فوض
اليه واعتمد فيه عليه وقيل التوكيل في الشرع عبارة عن اقامة غيره مقام نفسه في تصرف معلوم
حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به ادنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ وهي مشروعة
بالكتاب قال الله تعالى فابعثوا احدكم بورقكم هذه الى المدينة اخبر الله تعالى عن اهل الكهف توكلوا احد
منهم بشراء الطعام وما قص الله عن الامم الماضية بلا انكار يكون شريعة لنا ما لم يظهر ناسخه
وبالسنة فقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام بشراء اضحية وباجماع الامة وب
المعقول فقد يعجز الانسان عن حفظ ماله عند خروجه الى السفر وقد يعجز عن التصرف في ماله
لقلة هدايته او لكثرة اشتغاله او لكثرة ماله فيحتاج الى تفويض التصرف الى الغير بطريق الوكالة فان
فان قيل التوكيل صحيح عند عدم العوارض فلو كانت صحة الوكالة بسبب هذه المعاني لاقتصرت عليها
قلنا حكمة الحكم تراعى في الجنس لا في الافراد كالسفر مع المشقة وهذا من قبيل ذلك **قوله** وكل عقد
جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل غيره ولا يرد على هذا صحة توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر
وبيعها لان ذلك عكس فليس يطرد فلا يرد نقضا لانه لم يقل كل عقد لم يجز له ان يعقد بنفسه لا يجوز
ان يوكل المسلم ببيعها قلنا الذمي ههنا يملك بيع الخمر بنفسه ويملك توكيل غيره ببيعها ايضا حتى
انه لو وكل ذميا آخر ببيعها يجوز فلما لم يجز توكيل المسلم ههنا لمعنى في المسلم وهو انه مأمور بالاجتناب
عنها وفي جواز التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحل لا يكون هو مانعا من نفاذ
التصرف بلفظ الكل حتى ان قائلا لو قال كل من تزوج امرأة بنكاح صحيح حل له وطؤها لا يرد عليه
الحائضة والمحرمة لانا نقول هناك جاز النقض الا ان المنع من الوطء جاء من قبل المرأة لمعنى عارض
حتى اذا انعدم هذا المعنى ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح **فان قيل** يشكل على هذا الاستقراض
فانه لو استقرض بنفسه يجوز ولو وكل غيره بالاستقراض لا يجوز **قلنا** التوكيل تفويض التصرف
وانما يصح ذلك فيما يستقل به هو ويصح امره والتفويض الاستقراض يقع فيما لا يملكه فان الدراهم
التي يستقرضها الوكيل ملك المقرض والامر بالتصرف في ملك الغير باطل ولا نقول بان التوكيل
بالشراء صح من حيث انه امر يتملك المشتري لان المشتري ملك الغير وانما صح لانه امر بايجاب الثمن
في ذمة الموكل وذمته ملكه وهذا المعنى لا يمكن تحققه في الاستقراض لان البدل في باب القرض
انما يجب في ذمة المستقرض بالقبض لا بعقد القرض فلا بد من تصحيح الامر ولا بالقبض حتى يستقيم
الامر بايجاب المثل في ذمته والامر بالقبض لم يصح لانه ملك الغير وهذا لو اخرج الكلام مخرج الرسالة
بان قال ارسلني اليك فلان يستقرض منك كذا فيثبت الملك للمرسل ولا يكون للوكيل ان
يمنع ذلك منه فان الرسالة موضوعة لنقل العبارة فان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل
فقد ارسله بالتصرف في ملكه باعتبار العبارة فيصح فيما هو ملكه واما الوكالة فغير موضوعة
لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا كان حقوق العقد راجعة اليه فلا عكسنا

Copyright © King Saud University

تصحيح هذا العقد باعتبار العبارة لان الوكيل عبر ناقل للعبارة ولا من حيث الامر لانه في ملك غيره
فلهذا لم ينفع الموكل فثبت بهذا ان قوله جاز انه توكيل عبر عن اراده ربما ملكه فلا يرد عليه الاستقراض
نقضا **قوله** وكل بالشراء حكيم بن حزام اي بشراء الاضحية **قوله** وبالتزويج عمر بن ام سلمة وكله
بتزويج امه ام سلمة من النبي صلى الله عليه وسلم **قوله** ويجوز الوكالة بالخصومة في سائر الحقوق
اي في جميعها في الصحيح وسائر الناس جميعهم وقد صح ان عليا رض وكل عقيلا واما كان يختار
عقيلا لانه كان ذكيا حاضر الجواب فلما كبر عقيل واسن وكل عبد الله بن جعفر الطيار واما لانه
وقره لكبر سنه او لانه انتقص ذهبه فوكل عبد الله بن جعفر الطيار وكان شابا ذكيا **قوله**
وكذا بايفائها اي باداءها واستيفاءها اي قبضها الا في الحدود كحد القذف والسرقة والقصاص
فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تندرئ بالشبهات فلا يستوفى
بما يقوم مقام الغير لان فيه نوع شبهة ولهذا لا يستوفى بكتاب القاضي الى القاضي والشهادة
على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وقال الشافعي رح يستوفى القصاص حال غيبة
الموكل لانه حق العبد ولنا انه عقوبة والعقوبة تسقط بالشبهة وشبهة العفو ثابتة في
حال غيبة الموكل لجواز ان يكون الموكل قد عفا بنفسه والوكيل لا يشعر به بل هو الظاهر لان العفو
مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له **قوله** بخلاف غيبة الشاهد اي يستوفى
الحدود والقصاص عند غيبة الشاهد لان الشبهة في حقه الرجوع والظاهر من حال الشاهد
عدم الرجوع اذ الصدق هو الاصل خصوصا في حق العدل بخلاف حالة الحضرة اي حضرة
الموكل اي يجوز للوكيل ان يستوفي القصاص حال حضرة الموكل لانتفاء هذه الشبهة وهي
شبهة العفو وليس كل احد يحسن الاستيفاء وهذا جواب سؤال لان يقال لما حضر الموكل
لم يحتج الى التوكيل ويستوفيه بنفسه لما ان في التوكيل شبهة البدلية واستيفاء القصاص
مما يجري فيه الابدال فاجاب بقوله وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب
الاستيفاء اصلا **قوله** وهذا الذي ذكرنا قول ابي حنيفة رح اشارة الى قوله ويجوز التوكيل
بالخصومة في سائر الحقوق اي في جميعها وقد دخل فيه التوكيل بالخصومة في حد القذف
والسرقة والقصاص ثم قال الا في الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائها مع غيبة
الموكل عن المجلس بقي التوكيل بالخصومة داخلا في صدر الكلام هذا قول ابي حنيفة رح وقال
ابو يوسف رح لا يجوز الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقيل محمد رح
مع ابي حنيفة رح وهو الاظهر وقيل مع ابي يوسف رح وقيل هذا الاختلاف في غيبة دون
حضرته لان كلام الوكيل ينتقل الى الموكل عند حضوره **قوله** لان الشبهة لا تمنع الدفع
لان الدفع للحدود والقصاص يثبت مع الشبهات حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة
على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ولكن هذا الوكيل اذا اقر في مجلس القضاء بما

يجب

جامعة الرياض
المكتبة المركزية . قسم المخطوطات

يجب القصاص على موكله لم يصح اقراره استحسانا وفي القياس يصح لانه قائم مقام الموكل بعد صحة التوكيل
الا ترى انه في سائر الحقوق جعل اقراره كاقرار الموكل فكذلك في القياس وفي الاستحسان ان يقول
اقرار الوكيل قائم مقام اقرار الموكل والقصاص لا يستوفى بحجة قائمة مقام غيرها توضيحه ان انا جعلنا
التوكيل الى الجواب لان جواب الخصم من الخصومة ولكن هذا نوع من المجاز فاما في الحقيقة فالاقرار
ضد الخصومة والمجاز وان اعتبر بقيام الدليل فالحقيقة تبقى شبهة فيعتبر فيما يندرئ بالشبهات دون
ما يثبت مع الشبهات **قوله** مريضا اي مرضا يمنعه عن الحضور وقيل ان يكلف الحضور بالركوب على الدابة او
غيرها يزداد مرضه ولا خلاف في الجواز انما الخلاف في اللزوم هل يرتد التوكيل برد الخصم ام لا عنده
يرتد ولا يلزم الخصم الحضور والجواب بخصومته وعندهما لا يرتد برده ويلزمه الحضور والجواب
بخصومته والمتأخرون اختاروا للفتوى ان القاضي اذا علم من الخصم التعنت في اباء الوكيل
لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل وان علم من الموكل القصد الى الاضرار بصاحبه بالتوكيل
لا يقبل منه التوكيل الا برضا صاحبه وهو اختيار شمس الائمة السرخسي رح **قوله** لهما ان التوكيل
تصرف في خالص حقه لانه مكلف بالجواب او بالخصومة وكلاهما حق الموكل فيصح بلا رضا الخصم
كالتوكيل بالقبض ولا يقاضى والتقاضي **قوله** ولو كانت المرأة مخدرة وهي التي لم تخالط الرجال
بكرا كانت او ثيبا قال الرازي رح يلزم التوكيل وفي فتاوى قاضيخان وعامة المشايخ اخذوا بما ذكر
ابو بكر الرازي وعليه الفتوى **قوله** ومن شرائط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف لان
الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر عليه من قبله ومن لا يقدر على شيء كيف يقدر عليه
غيره وقيل هنا قولهما واما على قول ابي حنيفة رح فالشرط ان يكون التوكيل حاصلا بما يملكه الوكيل
فاما كون الموكل مالكا للتصرف فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي بشراء الخمر
والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع صيده وقيل المراد ان يكون مالكا للاصل التصرف وان
امتنع بعارض بيع الخمر يجوز للمسلم في الاصل وان امتنع بعارض النهي ويلزمه الاحكام لان المطلوب
من الاسباب احكامها ولكان من لا يثبت له الحكم لا يصح توكيله كالصبي المحجور والعبد المحجور
فيشترط ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد اي الشراء جالب للمبيع سالب للثمن والبيع على عكسه
قوله ويقصده اي يقصد مباشرة السبب لثبوت الحكم وهذا لانه يقوم مقام الموكل في العبارة
فلا بد ان يكون من اهل العبارة واهلية العبارة يكون بالعقل لان المراد بالكلام ما يكون له
صورة ومعنى وكل محدث يكون موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالعقل
والتميز **قوله** ولا يتعلق بهما الحقوق كالقاضي والمسترد الصبي اذا بلغ للمطالبة تلك العهدة والعبد
اذا اعتق لم يلزمه تلك العهدة لان المانع في حق العبد حق المولى وقد زال وفي الصبي نظره وحقه
لا يزول بالبلوغ **قوله** والعبد من اهل التصرف على نفسه ولهذا لو اقر بالجناية بعد الحرية ومع
اقراره بالقصاص والحدود **قوله** ثم علم انه صبي او مجنون قيل المراد بالمجنون الذي يعقل البيع

Copyright © King Saud University

والشراء حتى يصح اللعانة ويكون بمنزلة الصبي المحجور وقيل على حاشية نسخة المصنف رحمه الله محجور مقام قوله
مجنون وفي الكافي للعلامة النسفي رح وعن ابي يوسف رح ان المشتري اذا لم يعلم بحال البائع ثم علم
انه صبي او عبد محجور فله الفسخ فالظاهر ان قوله مجنون تصحيف قوله والعقد الذي يعقده
الوكلاء اي جنس العقد قوله كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه اي لا يحتاج فيه الى الاضافة الى
الموكل كالبيع والاجارة قوله فصار كالرسول وهو ان يقول رجل لآخر كن رسولا عني في بيع
عبدي قوله ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه
آدميا اي صحة عبارته لا لكونه وكيلا بل لكونه آدميا عاقلا فثبت ان مباشرة العقد بالولاية
الاصلية الثابتة له لا لانه كان لا يستغني عنه بهذه الوكالة وفي محل هو مملوك للغير الا برضا الآخر
والتوكيل لينفذ حكم التصرف في المحل لا لاثبات الولاية وغرض الموكل من التوكيل تحصيل حكم
التصرف فجعلناه نائبا في حق الحكم وراعينا الاصل في حق الحقوق وفي الايضاح ان الوكيل
ان توكل في الحقوق التي يوجبها العقد عليه ولو من شاء وان وكل الموكل لم يجز لان الوكيل
اصل في الحقوق فيملك التفويض الى الغير قوله ويخاصم في العيب يخاصم بفتح الصاد في
الاول وكسرها في الثاني قوله والملك يثبت للموكل خلافة اي ابتداء بطريق الخلافة لا انه
يثبت للوكيل ثم ينتقل الى الموكل ذكره جوابا عن قوله والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا
توابعه قوله هو الصحيح احتراز عن قول الكرخي رح فان عنده يثبت الملك للوكيل بالشراء
اولا ثم ينتقل الى الموكل والصحيح ان الملك يثبت للموكل ابتداء خلافة عنه اعتبارا للتوكيل
السابق كالعبد يتهب ويصطاد وفي مسألة العيب تفصيل لم يذكره وهو ما ذكره في باب
الوكالة بالبيع والشراء بقوله واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده فان سلمه الى الموكل لم يرده الا باذنه قوله وكل عقد يضيفه الى موكله اي
لا يستغني فيه عن الاضافة الى الموكل ولو اضافه الى نفسه كان له النكاح قوله لان الوكيل
فيها سفير ومعبر ومعنى السفير هو الذي يحكي قول الغير ومن حكى حكاية الغير لا يلزم عليه
حكم قول الغير كما اذا حكى قذف الغير لا يكون قاذفا قوله فصار كالرسول اي فصار الوكيل
في النكاح واشباهه كالرسول في باب البيع قوله وهذا لان الحكم فيها اي في هذه العقود
وهي النكاح واشباهه لا يقبل الفصل عن السبب حتى لم يدخل فيها خيار الشرط لان
الخيار يدخل على الحكم فيوجب تراخيه عن السبب وهذه العقود لا تحتمل تراخي الحكم
قوله لانه اسقاط اي لان السبب اسقاط اما في غير النكاح فظ وكذا النكاح لانها تسقطه
ما لكنها بعقد النكاح ولان الاصل في الابضاع الحرمة وكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى
الاصل وانما يثبت الملك عليها ضرورة ليتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر في حق السبب
صادرا من شخص الفسخ والتمليك من الغير فيما وراء ذلك فهو اسقاط جريا على

الاصل

الاصل اذ الحرية تنافي الملك والساقط يتلاشى ولا يتصور ان يكون السبب صادرا من شخص على سبيل
الاصالة والحكم لغيره لانه لا يجوز ان يسقط في حق الوكيل ثم يسقط ثانيا في حق الموكل بالانتقال
لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد ولم يوجد فجعلناه سفيرا بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن
السبب كما في البيع بشرط الخيار فجاز ان يصدر السبب من شخص اصالة ويقع الحكم لغيره قوله ولا
يجعل اصلا اي ولا يجعل الوكيل اصلا لانه اجنبي عن المحل الذي يلاقيه العتق فكان سفيرا ومعبرا عن
المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة وهي للوكيل قوله وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
كما لو تكفل بالاستعارة او بالارتهان او بالاستيهاب فالحكم والحقوق كلها تتعلق بالموكل قوله وكذا
الشركة والمضاربة اي الوكيل في الشركة والمضاربة سفير يضيف العقد الى الموكل لا الى نفسه الا
ان التوكيل بالاستقراض باطل لان المستقرض لا يلزم بدل القرض في ذمته ولو قال ابعث شيئا من مالك
على ان يكون عندي لي لا يصح وكذا اذا قال الوكيل للمقرض في ذمتك على ان يكون عوضا لي فكان التوكيل
بالاستقراض قياس التوكيل بالتكدي فكان باطلا وما استقرض الوكيل له ان يمنع من الآمر ولو
هلك هلك من ماله قوله يقع المقاصة بدين الموكل ان دخل دين الوكيل اما كان هنا لان
المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولو ابرأ المشتري عن الثمن بغير عوض وخرج الكلام
معا ان المشتري يبرأ ببراءة الآمر ولا يبرأ ببراءة المأمور حتى لا يرجع الآمر على المأمور بشيء
فكذلك هنا ولانا لو جعلناه مقاصا بدين الوكيل احتجنا الى قضاء آخر فجعلناه مقاصا بدين
الموكل تقليلا للمسافة ولانا اذا جعلناه مقاصا بدين الموكل فقد اثبتنا حكما مجمعا عليه فان
الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري بالاجماع ولو جعلناه مقاصا بدين الوكيل فقد اثبتنا
حكما مختلفا فيه فكان ما قلناه اولى كذا ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده قوله لما انه
ملك الابراء عندهما لان الابراء اسقاط لحق القبض والقبض من حق الوكيل حتى لا يمنعه
الموكل عن ذلك قوله ولكنه يضمنه للموكل في الفصلين اي فصل المقاصة والابراء ولا يجوز
للوكيل الابراء عن الثمن في قول ابي يوسف رح لانه تصرف في ملك الغير اذ الثمن ملك الموكل باب
الوكالة في البيع والشراء قوله فلا بد من تسمية جنسه كالجارية والعبد وصفته اي نوعه كالتركي
والحبشي الاصل ان الجهالة ثلاثة انواع فاحشة وهي جهالة الجنس كالتوكيل بشراء الثوب والدابة
والرقيق وهي تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن ويسيرة وهي جهالة النوع كالتوكيل بشراء الحمار
والبغل والفرس والثوب الهروي والمروي فانها لا تمنع صحة الوكالة وان لم يبين الثمن وقال
بشر بن غياث لا يصح الوكالة لان الوكالة بالبيع والشراء معتبرة بنفس البيع والشراء فلا يصح
ومتوسطة وهي بين الجنس والنوع كالتوكيل بشراء عبد او بشراء امة او دار فان بين الثمن او
النوع يصح ويلحق بجهالة النوع وان لم يبين الثمن والنوع لا يصح ويلحق بجهالة الجنس لانه
يمنع الامتثال قوله ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا كالدابة والثوب او ما هو في معنى الاجناس

Copyright © King Saud University

كالدار والرقيق **قوله** مثاله اذا وكله بشراء عبد او جارية اى مثال ما يجمع انواعا **قوله** والمولد في
المغرب المولدة التي ولدت في بلاد الاسلام **قوله** وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اشارة الى
قوله لان بتقدير الثمن يصير النوع معلوما قال بعض المشايخ ان كان يوجد بما سمى من الثمن من
كل نوع لا يصح بيان الثمن ما لم يبين النوع كذا في الذخيرة **قوله** وكذا اذا سمى نوع الدابة
بان قال حمارا اى يصح التوكيل بشراء الحمار وان لم يسم الثمن لان الجنس صار معلوما بالتسمية
وانما بقيت الجهالة في الوصف فيصح الوكالة بدون تسمية الثمن **فان قيل** لا كذلك فان
الحمير انواع منها ما يصلح لركوب العظماء ومنها ما لا يصلح الا للحمل عليه **قلنا** هذا اختلاف
الوصف ومع ذلك يصير معلوما بمعرفة حال الموكل حتى قالوا ان القاضي اذا امر انسانا
ان يشتري له حمارا ينصرف الى ما يركب مثله حتى لو اشتراه مقطوع الذنب والاذنين لا يجوز
عليه وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية **قوله** وجه
الاستحسان ان العرف ما ملك اى اقوى وهو على ما ذكرناه اى على الحنطة ودقيقها قيل
هذا عرف اهل الكوفة فان سوق الحنطة ودقيقها يسمى سوق الطعام فاما في عرف غير
اهل الكوفة ينصرف الى شراء كل مطعوم وبعض مشايخ ما وراء النهر قالوا الطعام في عرف
ديارنا ما يمكن اكله من غير ادام كاللحم المطبوخ والمشوي ونحوه فينصرف التوكيل اليه دون
الحنطة والدقيق والخبز قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا في الذخيرة وقيل ان كثرت
الدراهم فعلى الحنطة الا ان يكون ثمة وليمة فعلى الخبز وان قلت فعلى الخبز وان توسطت
مثل ان يعطيه خمسة او ستة **قوله** ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم اى يصح
يصح التوكيل من رب السلم ولا يصح من المسلم اليه يقال اسلم في كذا اى اشترى بالسلم و
اما لم يصح توكيل المسلم اليه لانه لو صح التوكيل يكون بيع الوكيل طعاما في ذمة نفسه
على ان يكون الثمن لموكله وهو المسلم اليه وذلك لا يجوز لان من باع ملك نفسه من الاعيان
على ان يكون الثمن لغيره لا يجوز فكذلك في الديون **قوله** فان فارق الوكيل صاحبه اى فارق
والسلم قبل ان يقبض المسلم اليه راس المال **قوله** فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق اى
يصح قبض الوكيل سواء تعلق به الحقوق كالصبي البالغ والعبد المأذون او لم يتعلق به الحقوق
كالصبي والعبد المحجور عليه وبهذا اندفع سؤال وهو ان الصبي المحجور والعبد المحجور اذا وكلا
من آخر يصح ولا يرجع عليهما حقوق العقد من التسليم والتسلم بل يرجع على موكلهما
فكيف يتعلق هنا بالصبي المحجور والعبد المحجور عليه حتى يبطل الصرف والسلم بمفارقتهما
قبل قبض البدل لبعض مفارقة موكلهما فاجاب ان قبض الصبي المحجور او العبد المحجور صحيح
وان كان لا يلي بهما فاذا وجدنا شرط جواز بيع الصرف والسلم الذي هو القبض في المجلس لا بالقوم
وفي باب الوكالة في الصرف والسلم من المبسوط وفي حكم القابض المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس

يحبس

ويحبس الموكل لانه غير هذا غير مشكل فيما اذا كان الوكيل ممن يتعلق به حقوق العقد لانه بمنزلة العاقد
لنفسه وكذلك اذا كان ممن لا يتعلق به حقوق العقد لان قبضه وتسليمه صحيح وان كان لا يتوجه
عليه المطالبة ففي حكم صحة القابض هو بمنزلة وكيل يتعلق به حقوق العقد **قوله** بخلاف
الرسولين اى في الصرف والسلم لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول
ينتقل الى المرسل فصار قبض الرسول قبض غير العاقد **قوله** وله ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن لما بينا اى سواء كان الوكيل دفع الثمن الى البائع او لم يدفع كذا في المبسوط وفي الذخيرة
ولم يذكر محمد رحمه الله في شيء من الكتب ان الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه
هل له حق الحبس عن الموكل الى ان يستوفي الثمن منه وحكي عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني
انه له ذلك وهذا صحيح لان حق الحبس للوكيل في موضع نقد الدراهم ليس لاجل انه نقد بل
لاجل ان حكم العقد بين الوكيل وبين الموكل وهذا المعنى لا يختلف بين ما نقد الوكيل الثمن
او لم ينقد **قوله** قلنا هذا لا يمكن التحرز عنه يعني القبض للوكيل على وجه لا يصير الموكل
قابضا لا يمكن التحرز عنه للوكيل وما لا يمكن التحرز عنه جعل عفوا وكان في حكم العدم
فلم يكن دليل سقوط حقه في الحبس لان سقوط حقه باعتبار رضاه بتسليمه ولم يتحقق
منه الرضا فيما لا طريق له الى التحرز عنه وانما جعل يد الوكيل يد الموكل حكما في حق هلاك
المبيع حتى هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن عنه لا في حق عدم ولاية الحبس له بالثمن
قوله مضمون بالحبس للاستيفاء بعد ان لم يكن مضمونا فيكون في معنى المرهون بخلاف
المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع او لم يحبسه توضيحه انه لو حبسه ليستوفي ما ادى
عنه من الثمن والحبس للاستيفاء حكم الرهن وهما يقولان ان الوكيل مع الموكل كالبائع مع
٥٠ المشتري بدليل جريان التحالف والدليل ان هذا ليس نظير الرهن ان هذا الحبس يثبت في
النصف الشائع فيما يحتمل القسمة والحبس بحكم الرهن لا يثبت في الجزء الشائع فيما لا يحتمل القسمة
وانما يثبت ذلك بحكم البيع وضمان الغصب عند زفر رحمه الله لانه منع بغير حق وصورة ظهور هذه
الاختلافات ما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة يرجع الوكيل بخمسة على الموكل
عند من يقول بضمان الرهن ولا يرجع احدهما على الآخر عند من يقول بضمان الغصب
ولو كان الثمن عشرة وقيمة المبيع خمسة عشر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة عند من يقول بضمان الغصب
ويسقط الثمن كله ولا يجب شيء عند من يقول بضمان المبيع او الرهن **قوله** كما اذا رده الموكل
بعيب اى الى الوكيل ورضي الوكيل به فانه يصير للوكيل ولا ينفسخ بين البائع والوكيل **قوله** لزم الموكل
فيه عشرة بنصف درهم هذا بخصه درهم **فان قيل** ينبغي ان لا يلزم الآخر عشرة بنصف درهم
عنه لان هذه العشرة يثبت ضمنا للعشرين لا قصدا وهو لم يوكله بشراء عشرة بنصف درهم
هذا لا يصح لو لا قلنا كما اذا قال الرجل طلق امرأتي واحدة فطلقها ثلثا لا يقع واحدة لثبوتها في ضمن

Copyright © King Saud University

الثلث والمتضمن لم يثبت لعدم الوكيل به فلا يثبت ما في ضمنه ايضا بخلاف مسالتنا **قلنا** ذلك مسلم في الطلاق
لان المتضمن لم يثبت اصلا لا من الموكل لعدم التوكيل به ولا من الوكيل لعدم شرطه لان المراة مراة
الموكل لا مراة الوكيل واما ههنا اذا لم يثبت الشراء من الموكل يثبت من الوكيل لان الشراء اذا وجد
نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل كما في سائر الصور التي خالف الوكيل بالشراء فلما ثبت المتضمن
وهو العشرون ثبت ما في ضمنه وهو العشرة الا ان الوكيل خالف الموكل حيث اشترى له عشرة
بنصف درهم وهو مخالفة الى خير فلا يكون مخالفة فينفذ على الموكل **قوله** وذكر في بعض النسخ
اي بعض نسخ القدوري ومحمد رح لم يذكر الخلاف في الاصل اي في المبسوط حيث قال في كتاب الوكالة
بالبيع والشراء لزم الآمر عشرة منها بنصف درهم والباقي للمامور لانه امره بشراء قدر مسمى فما
زاد على ذلك القدر لم يتناوله امره فكان مشتريا لنفسه وفي القدر الذي تناوله امره قد حصل
مقصوده وزاده منفعة بالشراء باقل مما سمى له فكان مشتريا للآمر فينفذ شراؤها عليه اي شراء
الزيادة على الوكيل وشراء العشرة على الموكل وهذا بخلاف ما اذا امره ان يشتري له ثوبا هرويا
بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة كل واحد منهما يساوي عشرة حيث لا ينفذ واحد منهما على
الآمر عند ابي حنيفة رح لان اللحم من ذوات الامثال في الصحيح فلا تفاوت اذا بين عشرة للآمر وبين
عشرة للوكيل بخلاف الثوب فانه من ذوات القيم فلا يثبت المساواة بين الثوبين الا بالتقويم
القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يتعين حق الموكل في كل واحد منهما والى هذا اشار في التتمة
في التعليل حيث قال الا انه لا ادري ايهما اعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر
الظن **قوله** ولو وكله بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه سواء نوى عند العقد
الشراء لنفسه او صرح بالشراء لنفسه بان قال اشهد واني اشتريت لنفسي الا اذا خالف
في الثمن الى الخير وخالف الى جنس آخر غير الذي سماه الموكل غائبا كان او حاضرا او صرح الوكيل
بالشراء لنفسه يصير مشتريا لنفسه كذا في التتمة ووضع المسئلة في العبد في الذخيرة ثم قال
انما كان كذلك لان العبد اذا كان بعينه يشتراه داخلا تحت الوكالة من كل وجه فمتى وقع على
موافقة الامر وقع الشراء لموكله نوى او لم ينو وهذا بخلاف ما لو كان الموكل حاضرا او شهد
انه اشتراه لنفسه لانه عزل نفسه حال حضرة الموكل ولا كذلك حال غيبة الموكل **قوله** فانه يشتري
بغير النقود كالمكيل والموزون **قوله** لانه حضره رايه فلم يكن مخالفا وهذا بخلاف الوكيل
الطلاق فانه لو طلق الثاني بحضرة الاول لا يقع لان فعل الاول جعل بمنزلة الشرط لوقوع الطلاق
فلا يقع بدونه ولا كذلك ههنا لانه من قبيل الاثباتات فلا يكون قابلا للتعليق والمعنى في
المسئلة انه امكن له عزل نفسه بغيبة الموكل في ضمن المخالفة لا في ضمن الموافقة **قوله** دون
النقد من مال الرائي المراد بقوله او يشتريه بمال الموكل ان يضيف العقد الى دراهم الموكل
من مال الموكل من غير ان يضيف العقد اليه لانه في تفصيله بعد ان يشتريه بدراهم مطلقة

الى النقد

ان نقد من دراهم الموكل كان الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل كان الشراء للوكيل وخلافه
اي فيما اذا تصادقا على انه لم يحضره النية وقت الشراء انه يشتريه للموكل او للوكيل فعلى قول محمد رح
العقد للوكيل وعلى قول ابي يوسف رح يحكم النقد على ما يجيء **قوله** وهذا بالاجماع يعني اذا اضاف
العقد الى دراهم الموكل يقع العقد للموكل بالاجماع **قوله** وهو مطلق اي قوله او يشتريه بمال
الموكل مطلق اي مذكور من غير خلاف يحمل على الصورة التي يجمع عليها وهو ان يضيف العقد
الى مال الموكل **قوله** حمل الحالة على ما يحل له شرعا او يفعلها عادة هذا تمسك بدلالة العرف و
الشرع بعد ذكر المسئلتين اضافة العقد الى دراهم امره واضافة العقد الى دراهم نفسه
فالتمسك بدلالة العرف العادة شامل المسئلتين اذ العرف مستمر ان يضيف العقد الى
دراهم نفسه مشتريه لنفسه والمضيف له دراهم آمره مشتر لآمره واما التمسك بدلالة
الشرع انما يرجع الى المسئلة الاولى خاصة اذ الشراء لنفسه باضافة العقد الى مال غيره حرام
ولكن الشراء بغيره باضافة العقد الى مال نفسه ليس بحرام **قوله** تحكيما للنقد حملا لحاله على الصلاح
لانه لو قلنا بان العقد يقع له وان نقد من مال الآمر يكون غاصبا فقلنا يقع للموكل اذا نقد من ماله
حملا لحاله على الصلاح **قوله** والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه اي وفاقا وخلافا
وانما خص بالذكر مع انه توكيل بالشراء ايضا بحكم لان بعض مشايخنا رح قالوا في مسئلة الشراء
اذا تصادقا انه لم يحضره النية فالعقد للوكيل اجماعا ولا يحكم النقد وانما الخلاف بين ابي يوسف
ومحمد رح في مسئلة التوكيل بالاسلام ههنا القائل فرق بين مسئلة الشراء وبين مسئلة التسليم
على قول ابي يوسف رح والفرق ان للنقد اثرا في تنفيذ السلم فانه اذا لم ينقد راس المال يبطل السلم
واذا جهل من نقد عليه العقد وجب ان يستبان بذلك بالنقد واما البيع فلا اثر للنقد في تنفيذ
الشراء حتى يستبان من نقد عليه الشراء في النقد فاعتبرنا العقد واوقعنا للعاقد عملا بقضية
الاصل كذا في الذخيرة وفرق ابو يوسف رح بين هذا وبين المامور بالحج عن الغير اذا اطلق النية
عند الاحرام فانه يكون عاقدا لنفسه لان الحج عبادة والعبادة لا تتادى الا بالنية وكانه
مامورا بان ينوي الحج عن المحجوج عنه ولم يفعل فصار مخالفا لترك ما هو الشرط اما في المعاملات
فالنية ليست بشرط فلا يصير بترك النية عن الآمر مخالفا فينبغي حكم عقده موقوفا على النقد
كذا في المبسوط في باب الوكالة بالسلم من بيوعه **قوله** اخبر عما لا يملك استئنافه لان العبد
ميت والكلام فيه والعبد المبتاع ليس بمحل لعقد الشراء **قوله** وهو الرجوع بالثمن اي سبب
الرجوع بالثمن وانما قال وهو الرجوع بالثمن ولم يقل وهو العقد لان معتمد الوكيل من العقد
الرجوع بالثمن على الامر لا العقد لانه لاجل الآمر بشراء الواسطة وهو العقد وصرح بالمقصود
هو المقصود وكان ذكرا للمسبب بارادة السبب جاز ههنا لان الرجوع بالثمن على الآمر مختص
بالشراء لاجل الآمر وفي بعض النسخ لا يملك استئنافه وهو يهنا بالرجوع بالثمن على الآمر

Copyright © King Saud University

وهذا ظاهر قوله لانه يملك استيناف الشراء لان العبد حي فالحي محل الشراء فيملك ان يشتريه في
الحال لاجل الآمر فان قيل الشراء لا يستوقف بخلاف البيع فلما وقع شراؤه اولا للوكيل حتى اشتراه
كيف يقع بعد ذلك للموكل قلنا استيناف الشراء دائر مع المقصود ومقصوده ان يتفاسخ الاول
مع بائعه ثم اشتراه لاجل موكله قوله تبعا لذلك الثاني تبعا لقبول قوله في دعوى الخروج عن
عهدة الامانة لانا انما صدقناه باعتبار الثمن لانه يدعي الخروج عن عهدة الامانة ومن
ضرورة ذلك قبول قوله في ان الشراء كان للآمر وما كان ثبوته بطريق التبعية لا يشترط
وضعه فلا يشترط ههنا الى كون الوكيل متهما او غير متهم قوله ولا ثمن في يده هنا اي فيما اذا
لم يكن الثمن منقودا قوله لانه اخبر عما لا يملك استينافه ولا يتهم فيه فان الولي اذا اقر بتزويج
الصغيرة لا يقبل عند ابي حنيفة رح مع انه يملك استيناف النكاح في الحال قلنا قوله يملك
استينافه وقع على قولهما ولا يحتاج الى ما وقع على قول ابي حنيفة رح فكان في هذه المسئلة اتفاق
الجواب مع اختلاف التخريج فلما لم يكن قوله يملك استينافه على قول ابي حنيفة رح لا يرد الاشكال
على قوله او نقول لو كان في تزويج الصغير اخبارا بعقد بحضور شاهدين يقبل قوله عنده
ايضا وكان ذلك عبارة عن انشاء النكاح ابتداء فلا يرد الاشكال لانه انما لا يقبل
هناك اقراره بتزويج الصغيرة عنده عند عدم الشاهدين لانه لا يتصور انشاؤه شرعا
لعدم الشهود فكان لا يملك استينافه فطرد الجواب عنده في المسئلتين قوله على ما ذكرنا ٥
لابي حنيفة رح اشارة الى قوله لانه موضع تهمة وهذه المسئلة على وجهين اما ان وكله
بشراء عبد بعينه او بغير عينه وكل ذلك على وجهين اما ان كان الثمن منقودا او لم يكن
وكل ذلك على وجهين اما ان كان العبد قائما او هالكا فان كان الثمن منقودا فالقول
قول الوكيل في جميع الوجوه لانه يدعي خروج نفسه عن عهدة الامانة نعني هذا العبد
لفلان معناه انا وكيل فلان بشراء هذا العبد حتى اشتراه لاجله قوله فان فلانا اي ان فلانا
اي لم يأمر الآخذ بذلك اي قول السائل وهو قوله نعني هذا العبد لفلان قوله اقرار
بالوكالة من فلان فان قيل يحتمل ان يكون معناه بشفاعة فلان كما قال محمد رح في كتاب
الشفعة ولو ان اجنبيا طلب من الشفيع تسليم شفعة هذه الدار فقال الشفيع سلمتها
لك بطلت الشفعة استحسانا كانه قال سلمت هذه الشفعة لاجلك قلنا اللام للتمليك
وانما حمل على الاسقاط في مسئلة الشفعة لكونه مسوقا لسؤال الاسقاط ولا كذلك
هنا قوله الا ان يسلم المشتري له روي بروايتين على صيغة اسم الفاعل ومعناه الا ان يسلم
العبد المفضي الذي اشتراه لاجل فلان اليه وعلى صيغة اسم المفعول ويكون معمولا له
بدون حرف الجر وهو فلان والفاعل مضمر اي الا ان يسلم المفضي العبد الى المشتري له وهو
فلان وهذا الاستثناء من قوله لم يكن له اي لم يكن لفلان الا في صورة التسليم اليه فلما ذكر

صورة

صورة التسليم اليه لان فلانا لو قال اجزت بعد قوله لم آمره به لم يعتبر ذلك بل يكون العبد للمشتري لان
الاجازة تلحق الموقوف دون الجائز وهذا عقد جائز نافذ على المشتري قوله وعليه العهدة اي وعلى
المشتري العهدة لانه صار بائعا من فلان بالتعاطي قوله وهو المعتبر اي التراضي معتبر في الباب
اي في باب البيع قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض قوله لانه توكيل بالشراء احترازا
عن التوكيل بالبيع فان ذلك يجوز عند ابي حنيفة رح بالغبن الفاحش واما في التوكيل بالشراء
فلا يتحمل الغبن الفاحش قوله الا ان يشتري الباقي بقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان
شراء الاول قائم فان قيل الخلاف الاول قد تحقق والشراء لا يتوقف فكيف يكون للموكل قلنا
العمل بالصريح اولى من العمل بالدلالة والموكل قد صرح باكتساب العبدين بالالف فانما عملنا بالدلالة
اذا لم يعارضها الصريح فاذا جاء الصريح بطل العمل بها قوله ولابي حنيفة رح انها تتعين في الوكالات
اي بعد التسليم الى الوكيل وفي الذخيرة قال محمد رح في الزيادات رجل قال لغيره اشتر لي بهذه الالف
الدراهم جارية واراه الدراهم ولم يسلمها الى الوكيل حتى سرقت الدراهم ثم اشترى الوكيل
جارية بالف درهم لزم الموكل ثم قال الاصل ان الدراهم والدنانير لا يتعينان في الوكالات
قبل التسليم بلا خلاف لان الوكالة وسيلة اليه واما بعد التسليم هل يتعينان اختلف المشايخ
فيه بعضهم قالوا يتعين حتى يبطل الوكالة بهلاكها لان يد الوكيل يد امانة والدراهم والدنانير
يتعينان في الامانات وعامتهم على انها لا يتعين وفائدة التعين الدراهم والتسليم على قول
عامة المشايخ اثنان احدهما توقف بقاء الوكالة ببقاء الدراهم المنقودة فان العرف الظاهر
فيما بين الناس ان الموكل اذا دفع الدراهم الى الوكيل يريد شراءه حال قيام الدراهم في يد
الوكيل والثاني قطع رجوع الوكيل على الموكل فيما وجب للوكيل عليه هنا لان شراء
الوكيل يوجب دينين دينا للبائع على الوكيل ودينا للوكيل على الموكل قوله ثم استهلك قيد
بالاستهلاك لان الوكالة لا تبطل بالهلاك في يد الموكل وانما تبطل بالهلاك في يد الوكيل
قوله كما اذا اشترى بدين على غير المشتري اي على غيره وهذا من قبيل وضع الظاهر موضع
المضمر بان كان لزيد على عمرو دين مثلا فاشترى زيد من آخر شيئا بذلك الدين الذي له
على عمرو لا يجوز قوله او يكون امرا بصرف ما لا يملكه معطوف على كان هذا تمليك الدين ممن
بالقبض قبله اي قبل القبض والمراد من الصرف الدفع لا بيع الصرف اي صار امرا بتمليك
ما لا يملكه لان رب الدين لا يملك الدين حقيقة قبل القبض لان الديون تقضى بامثالها
لا باعيانها فكان مما ادى المديون الى البائع الى رب الدين يملك المديون ورب الدين
ملك المديون لا يملك ما في ذمة المديون قبل القبض حقيقة فكان امر رب الدين المديون
بالدفع الى البائع امرا فيما لا يملكه فكان باطلا كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت فالجامع ان
كلا منهما تمليك ما هو غير حاصل وفي المبسوط ولابي حنيفة رح ان رب الدين امره بصرف الدين الى

من يختار المدعو بنفسه وذلك باطل كما لو قال ادفع مالي عليك من الدين الى من شئت او القه
في البحر فان قيل يشكل بما لو آجر حماما باجرة معلومة وامر المستاجر بالمرمة من الاجرة فانه
يجوز وان كان هذا امرا بتمليك الدين من غير من عليه الدين وهو الاجير من غير ان يوكله
لقبضه لان الاجير مجهول وتوكيل المجهول لا يصح قلنا ذلك قولهما ولئن كان قول الكل
فانما جاز باعتبار الضرورة فان المستاجر لا يجد الاجير في كل وقت فجعلنا الحمام قايما مقام
الاجير في القبض قوله فالقول للامر لانه خالفه لانه اشتراها بالف والوكيل بشراء جارية
بغير عينها لا يملك الشراء بغبن فاحش وان اشتراها بخمسمائة فالامر امره بجارية تشترى
بالف فكان مخالفا فيكون مشتريا لنفسه قوله وان كانت قيمتها الفا فمعناه انهما يتحالفان
اي فمعنى قولنا القول للامر انهما يتحالفان قوله قيل لا يتحالفان ههنا وهو قول الفقيه ابي
جعفر لانه ارتفع الخلاف بتصديق البايع فيجعل تصادق البايع والوكيل بمنزلة انشاء [?]
العقد وقيل يتحالفان وهو قول الامام ابي منصور وقد ذكر معظم يمين التحالف هو
يمين البايع اي المامور لانه بايع تقديرا في حق الموكل وانما قلنا ان يمينه معظم يمين
التحالف لان البايع وهو المامور ههنا مدعي ولا يمين على المدعي الا في صورة التحالف
واما المشتري فهو منكر وعلى المنكر اليمين على كل حال فلما كان يمين المامور هو المختص بالتحالف
كان اعظم اليمين ثم لما وجب اليمين على المامور وهو المدعي فلان تجب على المشتري المنكر
وهو الامر اولى وهو معنى التحالف فذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير ولولا ان المراد
هو التحالف للزمت الجارية الامر لان الامر اذا حلف صار الشراء بخمسمائة والجارية
تساوي الفا فانها تلزم الامر فثبت ههنا انه اراد بقوله ويلزم الجارية المامور انهما يتحالفان
فاذا تحالفا نقض ملك الامر ولزمت الجارية المامور قوله والبايع بعد استيفاء الثمن
اجنبي عنهما هذا جواب عن تعليل القول الاول بقوله ارتفع الخلاف بتصديق البايع
اذ هو حاضر

باب في التوكيل بشراء نفس العبد

قوله لان بيع نفس العبد منه
اعتاق لان العبد لا يملك وان ملك لانه ليس باهل ان يملك مالا فصار مجازا عن الاعتاق
اذ البيع ازالة الملك بعوض الى آخر فجاز ان يستعار منه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء
لان ما ثبت ثبت بضروراته ولوازمه قوله وان لم يعين للمولى لم يقل الوكيل اشتريت
العبد لنفس العبد قوله لان اللفظ حقيقة للمعاوضة اي لان قوله اشتريت عبدك
بالف درهم موضوع حقيقة للمعاوضة لا للاعتاق ومع هذا يريد انه لما حمل الشراء على المعاوضة
حقيقة ينبغي ان يحمل على حقيقته ايما كان ولم يحمل لفظ الشراء على المعاوضة فيما اذا
اشترى العبد نفسه من مولاه ببدل بل حمل على الاعتاق بالبدل لان المجاز متعين
لانه تعذر اعتباره بيعا حقيقة لان البيع توجب الملك للمشتري والعبد ليس من اهله

لان

لان نفس العبد ليس بمال في حقه حتى يملك ثم يعتق لانه ادمي في حق نفسه حتى وجب الحد والقصاص
عليه باقراره فيحمل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيهما قوله وعلى المشتري الف
مثله هذا ظاهر فيما اذا وقع الشراء للمشتري واما اذا وقع الشراء للعبد نفسه حتى عتق هل
يجب على العبد الف اخرى قال الامام قاضي خان في الجامع الصغير وفيما اذا بين الوكيل للمولى
انه يشتريه للعبد هل يجب على العبد الف اخرى لم يذكر في الكتاب وينبغي ان يجب لان الاول مال المولى
فلا يصلح بدلا عن ملكه قوله بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره اي بخلاف ما لو وكل غير العبد
ان يشتريه له فانه يصير مشتريا للامر سواء علم الوكيل البايع انه اشتراه لغيره او لم يعلمه وهنا
ما لم يعلمه انه يشتري للعبد لا يصير مشتريا للعبد لان العقدين ثمة على نمط واحد لانه في الحالين
شراء وفي الحالين المطالبة متوجهة الى الوكيل فلا يحتاج الى البيان وهنا احدهما اعتاق معقب
للولاء ولا مطالبة فيه على الوكيل لانه سفير فلا يرجع الحقوق اليه وانما يرضى البايع باحدهما دون
الاخر وفي الجامع الصغير للعتابي [?] والمطالب بالثمن الوكيل وفي رواية العبد وفي باب وكالة
المكاتب والماذون من كتاب الوكالة ان العبد يعتق والمال على الوكيل وهكذا ذكر في وكالة
الجامع الكبير وانما اوجب المال على الوكيل على العبد وجه رواية الجامع ان توكيله بشراء العبد
للعبد كتوكيله بشراء العبد لغير العبد وهناك يصير هو المطالب بتسليم البدل فكذا
ههنا وعن عيسى بن ابان انه قال الصحيح ما ذكر في هذا الموضع دون ما ذكره في الجامع لان
الوكيل من جانب العبد في العتق سفير ومعبر فانه لا يستغني عن اضافة العقد الى الامر وليس
اليه من قبض المعقود عليه شيء فلا يتوجه عليه المطالبة بتسليم البدل قوله ومن قال لعبد
اشتر لي نفسك من مولاك فقال لمولاه بعني نفسي لفلان بكذا ففعل اي قال بعته منه للامر
انما تم البيع بقول العبد بعد ذلك قبلت واما اذا وقع الشراء للعبد تم العقد بقول المولى
بعته منه فاقول العبد بعني نفسي بكذا بناء على ان الواحد يتولى طرفي الاعتاق على مال
اذا كان المال مقدرا ولا يتولى طرفي البيع وان كان المال مقدرا قوله حتى لا يملك البايع
الحبس بعد البيع كالمودع اذا اشترى الوديعة وهي بحضرته لم يكن للبايع حبسها لاستيفاء
الثمن فان قيل وقوع المالية في يد العبد ضروري لا يمكن الاحتراز عنه قلنا لا يمكن التحرز
للوكيل عن هذا في جنس الوكالات ولكن يمكن للبايع التحرز وفي جنس الوكالة باع عبدا
بوكيل المشتري نفسه ولان يد الوكيل يد نفسه حسا ويد الموكل شرعا وتقديرا لحكم البات
فامكن ان يجعل يد الوكيل يد نفسه في حق الحبس ويد موكله في حق الضمان حتى لو هلك
هلك من مال الموكل اعتبارا للحبس فاما العبد في حق نفسه فانه ليس بايعا عن مولاه
لم يخرج العبد عن يد مولاه حقيقة وحكما بالبيع ولهذا لو هلك لم يهلك من مال المولى
فلم يبطل حق الحبس ههنا قوله والعبد وان كان وكيلا بشراء معان [?] جواب سؤال وهو

ذكر السؤال والجواب في الفوائد الظهيرية فان قيل العبد هنا وكيل بشراء شيء بعينه والوكيل
بشراء شيء لا يملك الشراء لنفسه خصوصا في فصل الاطلاق اولا ترى انه لا يقع الشراء لنفسه
لانه لما لم يقع الشراء للوكيل عند التصريح بانه يشتري لنفسه لما مر اولى ان لا يقع لنفسه عند
الاطلاق قلنا هذا اذا لم يتنوع التصرف اما اذا تنوع التصرف فعلا والموجود من العبد يتقدر
الاضافة الى الموكل شراء ويتقدر بالاطلاق والاضافة الى نفسه قبول الاعتاق قوله وفي
مثله ينفذ على الوكيل كما اذا صالح الوكيل عن دعواه على ذلك العين او خالع امراته على
ذلك او استوهبه فوهبه المالك منه او اشتراه باكثر من الثمن الذي عينه او بخلاف جنس
ذلك الثمن قوله لان المطلق يحتمل الوجهين فان قيل ينبغي ان يقع الشراء للموكل عند
الاطلاق لان اللفظ حقيقة في الاصل فلما تردد بين المجاز والحقيقة ينبغي ان يحمل على
الحقيقة كما هو الاصل وفيما نحن فيه لو وقع الشراء للموكل كان الشراء معمولا على حقيقته وهي
المعاوضة ولو وقع الشراء للوكيل كان الشراء معمولا بمجازه لان الشراء غير معمول موضوع
للاعتاق بل هو موضوع للمعاوضة قلنا عارضت جهة اصالة الحقيقة جهة اصالة اخرى
وهي ان الاصل في تصرف الانسان انه يقع لنفسه ثم رجحنا هذه الجهة بحسب مقصود البائع
ظاهرا وهو ان لا يفوت ولاء العبد منه فانه على تقدير وقوع الشراء للموكل يفوت هذا
الغرض او نقول لما وقع التعارض بين الاصلين رجحنا جانب الاعتاق لو لا انه تصرف مندوب
اليه والمعاوضة مباحة محضة فصل في البيع قال والوكيل بالبيع والشراء لا يجوز له ان يعقد
مع ابيه وجده ومن لا تقبل شهادته له عند ابي حنيفة رحمه الله وفي الذخيرة الوكيل بالبيع اذا باع
ممن لا تقبل شهادته له ان كان باكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان باقل من القيمة بغبن
فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز وان كان
بمثل القيمة فعن ابي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة
يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته له بغبن يسير لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله
وبيعه منه باكثر من القيمة وشراؤه منه باقل من القيمة يجوز بلا خلاف وبمثل القيمة يجوز
عندهما وكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله باتفاق الروايات فابو حنيفة رحمه الله فرق على رواية
الوكالة والبيوع بين المضارب وبين الوكيل والفرق ان المضارب اعم تصرفا من الوكيل
فقد يستبد بالتصرف على وجه لا يملك رب المال نهيه وقد يكون نائبا محضا في بعض الاحوال
فلشبهه بالمتصرف قلنا يجوز تصرفه مع هؤلاء بمثل القيمة ولشبهه بالنائب قلنا لا يجوز تصرفه
معهم بغبن يسير فاما الوكيل فنائب محض في تصرف خاص فيكون متهما في تصرفه مع هؤلاء
في حق الموكل وان كان بمثل القيمة قوله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة والغبن اليسير يلحق
بمثل القيمة والغبن اليسير ملحق بمثل القيمة على قولهما كما ذكر في الذخيرة قوله اذا لا املاك

مباينة

مباينة دل عليه انه لا يحل للابن وطء جارية الاب ويحل للاب وطء جارية ابنه ولو لم يكن ملكه مباينا
عن ملك ابيه لكان جارية مشتركة ولما حل له وطؤها ح وقال ابو حنيفة رحمه الله فقد ثبت التباين
لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا ان ذلك القدر من التباين وجوده كعدمه في موضع التهمة
قوله والاجارة والصرف على هذا الخلاف وكذا السلم خصهما بالذكر لان شرعية الاجارة على
منافاة للدليل لان المعقود عليه وهو المنافع معدوم فيزداد انتفاء شرعيتها بعقد الاجارة
مع من لا تقبل شهادته فينبغي ان لا يجوز اجارة الوكيل معهم بالاجماع وكذلك عقد الصرف يتوقف
على شرائط كان يجب ان لا يجوز مع من لا تقبل شهادته بالاجماع وكذا السلم فتبين بهذا انهما
انص على الاختلاف قوله ولهذا ينعقد التوكيل بشراء الفحم والجمد والاضحية التوكيل بشراء
الفحم ينعقد بايام البرد في تلك السنة والتوكيل بشراء الجمد بايام الحر في تلك السنة وقتها
قوله ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه وهبة من وجه حتى لو حصل من المريض يعتبر
من الثلث ولا يملكه الاب والوصي فهو وكيل بالبيع دون الهبة وكذلك المقايضة بيع من المعاوضة
وجه شراء من وجه فهو الوكيل بالبيع المطلق فلا يدخل تحت الامر قوله والمسائل ممنوعة
على قول ابي حنيفة رحمه الله فيعتبر الاطلاق والمسائل مروية عن ابي يوسف رحمه الله فاما عند ابي حنيفة رحمه الله
فيعتبر الاطلاق في جميع ذلك ولانه يطلق في حق الوقت لا عام فلم يتناول الا واحدا وصار
المتعارف مرادا فلم يتنوع غيره مرادا فاما هذا فعام قوله وانه بيع من كل وجه الى البيع بالغبن
بيع من كل وجه حتى ان من حلف لا يبيع يحنث اما بالبيع بالغبن او بالعين قوله والمقايضة
شراء من كل وجه لوجود كل واحد منهما جواب عن قولهما فانه بيع من كل وجه بالنسبة الى
عوض نفسه وشراء من كل وجه بالنسبة الى عوض صاحبه قوله والوكيل بالشراء يجوز
عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها هذا فيما ليس له قيمة معلومة عند اهل
البلد فاما ما له قيمة معلومة عندهم كالخبز واللحم اذا زاد الوكيل بالشراء على ذلك لا يلزم
الامر قلت الزيادة او كثرت وفي الذخيرة والوكيل بالشراء اذا اشترى بما يتغابن الناس فيه
لا يجوز بلا خلاف لان الغبن على قول ابي حنيفة رحمه الله وان كان يجوز باعتبار انه بيع من وجه لا
يجوز باعتبار انه شراء من وجه الا ان الشراء اصل في هذا العقد لان الثمنية في الدراهم
والدنانير اصل والعبرة للاصل وكان شراء من كل وجه والغبن الفاحش لا يتحمل في الشراء ×
بالاتفاق ثم الغبن الفاحش يتحمل في بيع المقايض في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لا
الوكيل بالبيع المطلق والوكيل بالبيع ثمن المبيع مما غبنهما عنده وروى الحسن
عن ابي حنيفة رحمه الله في الوكيل بالبيع اذا باع بغبن فاحش ان كان نسيا وبه حاذوا لا فلا وجه هذه
الرواية فجانب العرض مشتري والوكيل بالشراء لا يشتري للامر بالمحاباة الفاحشة
قوله ويتقى في العروض ده نيم آه جعل هنا ما لا يتغابن فيه وفي الجامع للتمرتاشي رحمه الله وقيل

هذا
قدرها يتغابن الناس فيه في العروض ده نيم وفي الحيوان ده يازده وفي العقار ده دوازده فجعل
بيان الغبن اليسير وفي النهاية وهذا بيان الغبن اليسير ويحمل هذا المقدار من الغبن في
هذه الاجناس على هذا الترتيب وهذا اذا وكله ببيع عبده قيد بالعبد لان بيع النصف فيما
وكل ببيع ما ليس في تبعيضه ضرر جائز بالاتفاق وفي الايضاح في باب الوكالة بالبيع ولو باع
الوكيل بعض ما امر به فان لم يكن في تبعيضه ضرر جاز في قولهم جميعا لان البيع متناول
الجملة فكان متناولا للابعاض ولهذا في التفريق ضرر قوله الا ترى انه لو باع الكل بنصف الثمن
يجوز عنده فان قيل انما يجوز بيع الكل بثمن النصف لانه لم يتضمن عيب الشركة واما بيع
النصف فيتضمن عيب الشركة في العبد فكان هذا مخالفا من الوكيل الى شر كرة فلا ينفذ بعده
على الموكل قلنا ضرر الشركة اهون واقل من ضرر بيع الكل بنصف الثمن فلما جاز ذلك على
قوله فلان يجوز هنا وهو ضرر الشركة اولى قوله وكله بشراء عبد اذا اشترى نصفه قال
ابو يوسف ان اعتقه الوكيل لم يجز وقال محمد ان اعتقه الوكيل جاز وان اعتقه الموكل لم
يجز فابو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل الا ترى انه لو اجازه صح فما ينفذ
عليه ولا اعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه
فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولو توقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه ومحمد رح يقول بانه
خالف فيما امر وانما التوقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم ويدفعه بان يشتري الباقي فيرتفع
الخلاف فاما قبل ان يشتري يتحقق الخلاف فاذا اعتقه الآمر لم يجز كذا في الايضاح قوله على
ما مر اشارة الى قوله لان التهمة فيه متحققة فلعله اشتراه لنفسه قوله والاخوان لا امره
البيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاق الامر ولانه مطلقة في ملكه ولا امر بالشراء صادف
ملك الغير لانه يلاقي مال البايع وذمة المامور وليس للانسان ولاية مطلقة في ملك الغير فلا
يعتبر اطلاقه فيه لا انا نعمل به صورة ولا عموم للضرورات في ملك الغير فصار المتعارف
مرادا المتيقن مرادا ولانه لو اعتبر العموم في الوكيل بالشراء لاشتراه لنفسه بجميع ملك
الموكل ونحن نعلم انه لم يقصد ذلك فحمل على اخص الخصوص وهو الشراء بالنقد بالغبن اليسير و
الوكيل بالبيع لا يبعد مقصود ما امر ببيعه فامكن اعتبار اطلاق الامر فيه قوله قابل الشراها
في الكتاب يعني لما تيقن القاضي حدوثه لعيب في يد البايع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه
الحجج الا لتظهر تاريخ البيع فيحصل العلم للقاضي ان العيب كان عند البايع لان مثل هذا العيب
لا يحدث في مثل هذه المدة او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهن وقول الطبيب
حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر الى هذه الحجج للرد فان قيل اذا اقر الوكيل بالعيب لم يحتج
الى قضاء القاضي لانه يقبله لا محالة فما معنى ذكر قضاء القاضي مع الاقرار قلنا يمكن ان
يقر الوكيل بالعيب ويمتنع عن قبوله فيحتاج الى قضاء القاضي كان جبرا عليه على القبول

ونذيكن

قوله ولكن له ان يرده عليه بعيب يحدث مثله ببينة قوله او باباء يمين اي بنكول اليمين الوكيل يرده على
الآمر ايضا وفيه خلاف زفر رح فان قيل اذا كان الرد بالاباء يجب ان لا يلزم الموكل كمن اشترى شيئا و
باعه من غيره ثم ان المشتري الثاني وجد به عيبا فرده على المشتري الاول بنكوله لم يكن له ان يرده على
بايعه وهذا دليل زفر رح فيجعل هذا وما نحن فيه على قياس سواء في حق البايع الاول فكذا في
حق الموكل قلنا نقول الوكيل مضطر في هذا النكول لانه لا يمكنه ان يحلف كاذبا اذ كان عالما بالعيب
وانما اضطر الى ذلك بعمل باشره للآمر فيرجع عليه بما لحقه من العهدة فيه بخلاف ما اذا اقر فانه غير
مضطر الى الاقرار لانه يمكنه ان يسكت حتى يعرض عليه اليمين ويقضى عليه بالنكول فيكون هو في
الاقرار مختارا لا مضطرا بخلاف المشتري الاول فانه مضطر الى النكول ولكن في عمل باشره لنفسه
فلا يرجع بالعهدة على غيره قوله والوكيل مضطر في النكول لبعد العيب عن علمه ولكن عامة الروايات
على ان الوكيل يحلف على العلم فاذا علم بالعيب فيكون مضطرا الى النكول قوله بخلاف ما اذا
كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم بايعه اي موكله بايعا لكونه
بمنزلة البايع فانه بعد علم الوكيل تارة ويخاصمه في الرد في بعض الصور والفرق ان الرد اذا حصل
بقضاء تعذر اعتباره بيعا جديدا لان العقد التراضي فكان فسخا الا ان هذا فسخ بدليل تام فلقصور
الحجة لا يكون الرد على الوكيل ردا على الموكل ومن حيث انه فسخ كان له ان يخاصم الموكل ومتى
كان الرد بالاقرار بغير قضاء كان فسخا بالتراضي فامكن اعتباره بيعا جديدا في حق الثالث فيبطل
حق الخصومة فان قيل الوكيل بالاجارة اذا آجر وسلم ثم طعن المستاجر بعيب فقبل الوكيل بغير
قضاء فانه يلزم الموكل ولم يعتبر اجارة جديدة في حق الموكل حتى يجعل كان الوكيل استاجر من
المستاجر بذلك جاز اذا فعل قلنا لا فرق بينهما في الحقيقة لان قبول الوكيل في الاجارة بمنزلة
ما لو قبل الوكيل في البيع بالعيب قبل القبض بغير قضاء فانه يلزم الموكل لان المعقود عليه في
الاجارة المنافع وهي غير مقبوضة قوله ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد بغير قضاء بالاقرار
فانه يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين في هذا فاذا تعين الرد صار تسليم
الخصم وتسليم القاضي سواء كتسليم الشفعة وقضاء الدين والرجوع في الهبة وفي عامة
الروايات ليس له ان يخاصم الموكل بل يلزم الوكيل لان الرد ثبت بالتراضي فصار كالبيع الجديد
ولا نسلم انهما يفعلان عين ما يفعله القاضي فكيف يكون ذلك مع التفاوت في الولاية في حكم
الاصل اذ الاصل في هذه المطالبة بوصف السلامة ثم الانتقال الى الرد بضرورة العجز فاذا
نقلاه الى الرد لم يصح في حق غيرهما ولهذا لو امتنع الرد بوجه يثبت الرجوع بحصة العيب فتلك
المسائل التي تعين فيها الحق النقل الى غيره وهذا هو المراد بقوله وقد بيناه في الكفالة باطول
من هذا قوله فلا دلالة على الاطلاق اي على الوكالة على التقييد حيث لا يثبت الوكالة
بدونه ولهذا ما لم يقل وكلتك ببيع هذا الشيء لا يكون وكيلا ببيع ذلك الشيء الا ترى انه لو قال

نعم وكذلك ما لحق وفي ما لم يكن له ان يتصرف فيه بشيء بل يملك بهذا اللفظ الحفظ فقط اما لو
دفع المال مضاربة بالنصف كان للمضارب ان يتصرف فيه ما بدا له من التجارة فمن ادعى الاطلاق
في المضاربة كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله ومن ادعى التقييد في الوكالة كان
مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول قوله قوله الى اجل كان عند ابي حنيفة رح حتى لو باع
باجل غير متعارف بين التجار بان باع الى خمسين سنة جاز عنده عملا بالاطلاق قوله وان
قد تقدم اي الوجه من الجانبين قد تقدم في التوكيل بالبيع انه يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض
وعندهما يتقيد بالمتعارف قوله فتوى المال علم بان مات الكفيل مفلسا والمكفول عنه
ايضا مات مفلسا او غاب فلا يعرف موضعه او بان رفع الامر الى قاض يرى براءة الاصل
بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك رح فحكم ببراءة الاصل فتوى المال على الكفيل قوله والوكيل بالبيع
يقبض اصالة لان الوكيل بالبيع اصيل في حق الحقوق ولهذا لا يملك الموكل حجره عن قبض الثمن
فكان له وكالة الارتهان واخذ الكفيل فاذا ضاع الرهن في يده فقد صار مستوفيا بالاستيفاء
حكما له الا ترى انه لو استوفى الثمن حقيقة ثم هلك في يده كان الهلاك على الموكل والوكيل بالبيع
او احتال بالثمن لم يجز عند ابي يوسف رح لان الحوالة تتضمن ابراء المحيل والوكيل لا يملك ذلك ولو
رد الرهن جاز وضمن للموكل اقل من قيمته ومن الثمن وعند ابي يوسف رح ايضا لا يملك رده **فصل**
واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر هذا اذا وكلهما بكلام واحد
بان قال وكلتكما ببيع عبدي او بخلع امرأتي اما اذا وكلهما بكلامين لان لكل واحد منهما ان ينفرد
بالتصرف وفي المبسوط في باب الوكالة بالبيع والشراء اذا وكل رجلا ببيع عبده ووكل آخر
ايضا بها فباع جاز لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد حين وكلهما متفرقا وهذا بخلاف
الوصيين اذا اوصى الى كل واحد منهما في عقد على حدة حيث لا ينفرد واحد منهما بالتصرف في القولين
اصح الروايتين لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة وهنا
حكم الوكالة يثبت بنفس التوكيل فاذا افرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد بالتصرف
في المنتقى وكل رجلين ببيع عبده فباع احدهما والآخر حاضر فاجاز بيعه جاز وان كان غائبا
عنه فاجازه لم يجز في قول ابي حنيفة رح قوله والبدل وان كان مقدرا جواب سؤال وهو ان البدل
اذا كان مقدرا لا يحتاج فيه الى الرأي فينبغي ان ينفرد كل واحد منهما بالتصرف فقال في البدل
وان كان مقدرا لكن الثمن في البيع يمنع النقصان دون الزيادة وربما يزداد الثمن عند
اجتماعهما لو كان احدهما هداية او بختيار الاختصار بالاباطل في اداء الثمن الا انه يجوز كله
بالخصومة ولا يشترط حضور صاحبه في خصومته عند الجمهور وقيل يشترط قوله للافضاء
الى الشغب فانه مانع من اظهار الحق ولان فيه ذهاب مهابة مجلس القضاء قوله والرأي
يحتاج اليه سابقا يعني في الخصومة وانه افتقرت الى تفاوت الرأيين ليحصل كل واحد منهما
بالآخر

بالآخر قوله في الاستنباط ما هو الصواب فيهما لكن انما يفتقر الى تعاون الرأيين على ذلك قبل مجلس
القضاء قوله او برد وديعة بعينه يريد ردها لانه اذا وكل وكيلين بقبض وديعة ليس لكل واحد ان
ينفرد بالقبض وفي الاصل ههنا وكل الرجلين بقبض وديعة له فقبض احدهما بغير اذن صاحبه كان
ضامنا لانه شرط اجتماعهما على القبض ولاجتماعهما على القبض حكم وللموكل فيه فائدة فانه
لان حفظ اثنين انفع فاذا قبض احدهما صار قابضا بغير اذن المالك فيصير ضامنا فان قيل
ينبغي ان يكون ضامنا للنصف لان كل واحد منهما مأمور بقبض النصف قلنا كل واحد منهما
مأمور بقبض النصف اذا قبض مع صاحبه اما في حالة الانفراد فغير مأمور بقبض شيء منه قوله او بعتق
بعينها اي بغير التعليق بمشيتهما بالتعليق بمشيتهما بان قال ان دخلتما الدار فانتما طالق
لا تطلق ما لم يدخلا قوله ينعقد وكيله بحضرته جاز لم يشترط للجواز اجازة الوكيل الاول وهكذا ذكر في
وكالة الاصل في موضع وذكر في موضع آخر من وكالة الاصل انه اذا باع الوكيل الثاني والوكيل الاول
حاضر او غائب فاجاز الوكيل جاز وحكي عن الكرخي رح انه قال ليس في المسئلة روايتان ولكن ما ذكر مطلقا
في بعض المواضع انه يجوز اذا باع بحضرة الاول محمول على ما اذا اجاز فكان حمل المطلق على المقيد والى
هذا ذهب عامة المشايخ وهذا لان الوكيل الاول لما لم يصح لانه لم يوجد له الرضا بذلك صار وجود
هذا التوكيل والعدم بمنزلة ولو عدم التوكيل من الاول حتى باع هذا الرجل والوكيل
غائب او حاضر فانه لا يجوز عقد هذا الفضولي الا باجازته لان اجازة بيع الفضولي لا تثبت
بالسكوت لكون السكوت محتملا وكذا هنا وسمي اجازة لما يجوز لان الوكيل يملك ما يباشر بنفسه
فيملك اجازته بالطريق الاولى ومنهم من جعل في المسئلة روايتين وجه رواية الجواز ان حضرة
الاول من غير اجازته انه حضر هذا العقد رأى الاول قوله ويتكلم الى حقوقه ذكر التمرتاشي في
فتاواه ان الحقوق ترجع الى الاول وفي حيل الاصول والعيون ان الحقوق ترجع الى الثاني
وذكر الامام المحبوبي منهم من قال العهدة على الاول لان الموكل انما رضي بلزوم العهدة
على الاول دون الثاني ومنهم من قال العهدة على الثاني اذ السبب هو العقد وجد من الثاني
دون الاول قوله ولو قدر الاول الثمن للثاني ينعقد بغيبته يجوز اطلق الجواز وهو قول
رواية كتاب الرهن وقد اختاره ها لان الرأي يحتاج اليه لتقدير الثمن ظاهرا وقد حصل
في رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن لمنع النقصان لا لمنع الزيادة وربما يزيد
الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للعقد قوله معناه التصرف في مالهما بدليل التعميم
اي لا يختص بالبيع والشراء دل اي تصرف في مالها ان الشراء ينفذ عليه لا عليهما لانه تصرف
في مالها وليس كذلك التصرف على مالها او يكون معناه فان اشترى لهما عبدا لا يكون
للولدين بل يشترى لهما بمال نفسه قوله قال ابو يوسف رح ومحمد رح والولد اذا قتل على كل
والصبي كذلك لا ان يتصرف فيهما على المسلم لا يجوز وانما حض على قتلها مع ان هذا مجمع عليه لان

الشبهة انما ترد على قولهما لان تصرفات المرتد بالبيع والشراء نافذة وان قتل على ردته عندهما
بناء على الملك ولكن تصرفاته على ملكه موقوفة بالاجماع **قوله** لان الحربي ابعد من الذمي
الا ترى ان شبهة ردته على الذمي لا يقتل والذمي صار مسلما دارا وان لم يكن مسلما دينا وتحقق في حق
الذمي ما هو خلف عن الاسلام ولم يتحقق في حق الحربي شيء من الاصل والخلف

باب

الوكالة بالخصومة والقبض **قوله** الوكيل بالخصومة وكيل بالقبض سواء كانت الخصومة في الدين
او في العين **قوله** الفتوى اليوم على قول زفر رح وعن ابي بكر البلخي رح ان محمد بن سلمة رح وغيره
من مشايخ بلخ افتوا بقول زفر رح وبه افتى ايضا الصدر الشهيد حسام الدين رح **قوله** لانه في
وضعا [illegible] الا ان التقاضي في معنى القبض في اصل اللغة ذكر في الاساس تقاضيته ديني وبديني اقتضيته
اقتضيت منه حقي اي اخذته الا ان العرف بخلافه لانه يراد به المطالبة في العرف **قوله** والوكيل بقبض
الدين وكيل بالخصومة عند ابي حنيفة رح مقيدا بالدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة
بالاجماع والاصل ان التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان
التوكيل وقع بالقبض لا غير واذا وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك
انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد فكان خصما فيهما واذا ثبت هذا فقال ابو يوسف
ومحمد رح الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض احد الشريكين شيئا
من الدين كان للآخر ان يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له اخذه بلا قضاء
ولا رضاء كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كالوكيل بقبض العين وقال ابو حنيفة
رح الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها وهذا لان المقبوض
ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا ان الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما
كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل باخذ الدار بالشفعة فالوكيل
بالشراء خصم حتى يقبل البينة عليه والقسمة بان وكل احد الشريكين وكيلا بان يقاسم مع
شريكه فالشريك اذا قام البينة على الوكيل بان شريكي الذي هو موكلك اخذ نصيبه تقبل لانه خصم
والرد بالعيب بان وكل المشتري رجلا برد المبيع على البائع فاقام البائع البينة على الوكيل
ان المشتري رضي بالعيب تقبل بينته لانه خصم **قوله** الا انه جعل استيفاء بعين حقه من وجه
استثناء من قوله لانه وكله بالتملك **قوله** وهذا اشبه باخذ الشفعة اي مسئلة الكتاب اشبه
بمسئلة الشفعة من المسائل الثلاث الاخر لان في هذه المسائل ما لم توجد المبادلة لا تثبت
الوكالة بخلاف مسئلة الشفعة لانه لا يشترط فيها المبادلة لصحة الوكالة وكذا في قبض الدين
قوله وهذا لان المبادلة تقتضي حقوقا اي كونه خصما لكونه وكيلا بالتملك لانه وكيل بتملك المثل
الذي على المديون وذلك مبادلة والمامور يكون اصلا في حقوق المبادلة والوكيل
بقبض العين لا يكون وكيلا بالخصومة لانه ليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا محضا فيه

ثم يتعلق

ثم يتعلق الحقوق بالقابض فلا ينتصب خصما فلا يقبل البينة عليه اصلا قياسا حتى لا يجب التوقف لانها
قامت على غير خصم وفي الاستحسان توقف الامر حتى يحضر الموكل فاذا حضر امروا باعادة البينة
على ما ادعوا لان البينة قامت على شيئين على العتق والطلاق والبيع وعلى قصر يد الوكيل ففي
حق زوال الملك عن الموكل وان اقامت البينة لا على خصم وفي قصر يد الوكيل قامت على خصم فتسمع
هذه البينة في حق قصر يد الوكيل ولم تسمع في حق زوال ملك الموكل كما لو اقام البينة على ان الموكل
عزله عن الوكالة فانها تقبل في قصر يده **قوله** ونظيره كما اذا ادعى صاحب اليد الارتهان من
موكل الوكيل واقام بينة على ذلك تقصر يد الوكيل عن القبض واذا اقر الوكيل بالخصومة
سواء كان ثم الوكيل وكيل المدعي او وكيل المدعى عليه فاقرار وكيل المدعي هو ان يقول ان
موكله قبض هذا المال واقرار وكيل المدعى عليه هو ان يقر بوجوب المال على المدعى عليه **قوله**
لانه مامور بالخصومة وهي المنازعة والخصومة اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المنازعة
والمشاجرة والاقرار اسم لكلام يجري بين اثنين على سبيل المسالمة والموافقة فكان ضدا امر به ٥
والتوكيل بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الوكيل بالخصومة الهبة والبيع والصلح والدليل
عليه بطلان اقرار الاب والوصي على الصبي مع ان ولايتهما اعم من ولاية الوكيل ويصح اذا استثنى
الاقرار بان وكله بالخصومة غير جائز الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناء
الاقرار لانه لو استثنى الاقرار صريحا لا يملك الاقرار وكذا اذا استثناه دلالة وقيل معنى قوله
ويصح اذا استثنى الاقرار اي لو كان الاقرار داخلا في التوكيل بالخصومة لما صح استثناؤه قوله
من الوكيل بالخصومة واستثناء الانكار وههنا ايضا يصح جوابا عما قال الخصم فيحمل
التوكيل بها مجازا عن التوكيل بالجواب فيتناول الاقرار فاجاب بان المصير الى المجاز عند
تعذر الحقيقة وههنا لا تعذر فانه يصح استثناء الاقرار فيبقى توكيلا بمحض الخصومة وفي
النهاية معنى قوله ويصح اذا استثنى الاقرار ان التوكيل بالخصومة لو كان مجازا لمطلق
الجواب كان ينبغي ان لا يصح استثناء الاقرار من الوكيل بالخصومة لان المراد من الجواب
اما الاقرار والانكار لا كلاهما بالاتفاق ثم في صحة استثناء الاقرار عن الجواب يلزم استثناء
الكل عن الكل وذلك ممتنع ولهذا لو استثنى الانكار لا يصح لما قلنا علم بهذا ان الوكيل
بالخصومة ليس بمجاز ايضا لمطلق الجواب **قوله** وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب
هو خصومة وفي النهاية هذه مسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد
يعني لو وكله بالجواب مطلقا ونص على الخلاف ايضا عند زفر والشافعي رح يتقيد بجواب هو
خصومة لان العادة في التوكيل جرت به لما عطفا اختار غير الاهدى فالاهدى وفي
الاقرار لا يحتاج الى زيادة الهداية وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح مطلقا بالاجماع
وصحته قطعا بتناوله ما يملكه قطعا وذلك مطلق الجواب لا الاقرار والانكار بعينه

Copyright © King Saud University

الى مطلق الجواب يحتويا للصحة قطعا وعن ابي يوسف رح لا يصح استثناء الاقرار لانه لم يملك التوكيل بالانكار
عينا وانما يملك التوكيل بالجواب هو حق لا محالة وعن محمد رح انه يصح لان للتنصيص على استثناء الاقرار
زيادة دلالة على انه مستحق حقه في الانكار وعند الاطلاق يحمل على ما هو الاولى على ما هو الادنى
بالمسلم وهو مطلق الجواب فانه يتناول بعموم الاحوال والخصومة مشاجرة وهي حرام والتوكيل بالحرام
حرام فحملناه على المجاز نظاهر حاله **قوله** وعنه انه فصل بين الطالب والمطلوب اي وعن محمد رح انه لم
يصح استثناء الاقرار من المطلوب لكونه مجبورا عليه وانما يكون مجبورا لدفع ضرر المدعي وفي صحة
استثناء الاقرار اضرار به وصح استثناء الاقرار من توكيل الطالب لانه مخير في اصل الخصومة فلو
ترك احد وجهيها **قوله** جوابا يسمى خصومة حقيقة بان انكر او مجازا بان اقر والاقرار في
مجلس القضاء خصومة مجازا لانه خرج في مقابلة الخصومة اي في جواب الخصومة واطلاق اسم
احد المتقابلين على الآخر جائز مجازا قال الله تعالى واعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وجزاء سيئة
سيئة مثلها ولان الخصومة في مجلس القضاء سبب للجواب ظاهرا والجواب تارة يكون بلا وتارة بنعم
السببية طريق المجاز ولهذا يختص بمجلس القضاء ولكن اذا اقيمت على اقراره في غير مجلس القضاء
يخرج عن الوكالة لزعمه بطلانها فلا يؤمر بدفع المال اليه فصار كالاب والوصي اذا اقر على
اليتيم انه استوفى حقه في مجلس القضاء لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما
بطلان حق الاخذ وانما لا يصح اقرارهما عليه ولكن لا يدفع المال اليهما لزعمهما بطلان حق الاخذ
وانما لا يصح اقرارهما لان ولايتهما نظرية ولا نظر في الاقرار على الصغير واما التفويض من الموكل
حصل مطلقا غير مقيد بشرط النظر فيدخل تحته الاقرار والانكار جميعا غير ان الاقرار مختص
يختص بمجلس القضاء على ما ذكرنا **قوله** ومن كفل بالمال يجعل صورة المسئلة ما اذا وكل رب
الدين كفيله بقبض المال من المديون لا يصح توكيله ابدا حتى لو هلك في يده لا يهلك على
الموكل وقوله ابدا اي قبل براءة الكفيل او بعدها اما قبل البراءة فلما ذكر في الكتاب من
انعدام ركن الوكالة واما بعد البراءة فانه لما لم يصح وكالته حال وجود التوكيل للمانع لا
ينقلب وكالة بعد انعدام المانع كمن كفل لغائب فلم يصح لعدم قبوله وهو شرط ثم اذا بلغه
الخبر فاجاز لا يجوز ايضا عند ابي حنيفة ومحمد رح **قوله** فانعدام الركن اي ركن الوكالة وهو
العمل للغير فانعدم عقد الوكالة لانعدام ركنه وصار هذا كالمحتال اذا وكل المحيل بقبض
الدين من المحتال عليه لا يصح وكيلا لما قلنا **فان قيل** يشكل بما اذا وكل المديون
بابراء نفسه عن الدين يصح ذكره في الجامع ولو كان المديون في ابراء نفسه ساعيا في
فكاك رقبته **قلنا** ذكر شيخ الاسلام رح في تعليل هذه المسئلة ان المديون لا يصلح وكيلا
عن الطالب بابراء نفسه على خلاف المذكور في الجامع فكان المنع فيه محالا كذا في الفوائد
الظهيرية وفي الكافي **فان قيل** الداين اذا وكل المديون بابراء نفسه عن الدين يصح

نفي

نص عليه في الجامع ولو كان المديون بابراء نفسه ساعيا في فكاك رقبته **قلنا** انما يصح ثمة لانه توكيل
كالوفاء الطلاق بنفسك فلما كان تمليكا لا يقتصر على المجلس لا يقتصر **قوله** وهو نظير عبد مأذون اعتقه
مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء اي المولى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين فلو وكله الطالب
بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بينا من ان الوكيل من يعمل لغيره والمولى عامل لنفسه لانه برئ عما له يقول
الغريم للكفيل ثم انت كفيل ولكن لا امن ان يقبض الطالب فيجحد وكالتك ويأخذ مني ثانيا ويصير ذلك
دينا عليه باتفاق بيني وبينك فهل انت كفيل عنه بما يأخذ مني فقبل صح وصار كفيلا **قوله** وهذه
كفالة اضيفت الى حالة القبض اي قبض رب الدين ثانيا ولو كان الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه
على زعمه ايضا لكان سكتنا القول فيه هذا وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة **قوله** و
انما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا انقطع رجاءه يرجع عليه لا يقال لان الدفع لما كان على رجاء
الاجازة كان المدفوع اليه فضوليا فيكون المدفوع امانة في يده فلا يكون ضامنا لان المدفوع اليه
للقبض فيكون امانة عنده من جهة المديون ولانه دفع بزعمه ان يستفيد المديون
البراءة بما يدفعه اليه فلم يستفد ضمانه واما المال فنوع انه يكفيه في الوكالة لان الوكيل نيقض
من المديون المال لشرط ان يستفيد المديون البراءة عما في ذمته فاذا لم يستفد هذا
لم يكن المديون راضيا بقبضه بل هو في حقه كالغاصب فكان له ان يضمنه وهذا اظهر في ثبوت
حق الرجوع **قوله** لما قلنا اي بما دفعه اليه رجاء الاجازة **قوله** وفي الوجوه كلها وهي الوجوه
الاربعة وهي دفعه مع التصديق من غير تضمين ودفعه مع التصديق مع التضمين ودفعه ساكتا
من غير تكذيب ولا تصديق ودفعه مع التكذيب **قوله** لان المودي صار حقا للغائب ظاهرا
في حالة التصادق ومحتملا في حالة التكاذب فاذا كان الوكيل ظاهرا لعدالته كان صادقا في
قوله ظاهرا وان كان فاسقا او مستور الحال كان قوله محتملا للصدق **قوله** ونظيره المودع
يؤمر بالتسليم اليه ولو سلم مع هذا ثم اراد الاسترداد وهل له ذلك ذكر شيخ الاسلام علاء
الدين رح في شرح الجامع الصغير انه لا يملك الاسترداد لانه ساع في نقض ما اوجبه فقال
ايضا واذا لم يجبر المودع بالتسليم ولم يسلم حتى ضاعت في يده هل يضمن قيل لا يضمن وكان
ينبغي ان يضمن لان المنع عن وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع والمنع من المودع
يوجب الضمان فكذا من وكيله **قوله** لانه اقر له بمال الغير لان الوديعة مال الغير بخلاف الدين لان
ما يقبضه المديون خالص ماله لان الديون تقضى بامثالها فكان ما اداه المديون مثل مال
رب الدين لا عينه فكان يصدقه مقرا على نفسه باداء المال على نفسه بالمال فيجبر على الاداء
ذكره في الذخيرة وفي المسئلة نوع اشكال لان التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى
لان الديون تقضى بامثالها فما يقبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم
مثله فيلتقيان قصاصا وقد ذكرنا ان التوكيل بالاستقراض غير صحيح والجواب ان التوكيل

Copyright © King Saud University

بقبض الدين ورسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لابد للوكيل
بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بان يقول ان فلانا وكلني بقبض ما له عليك من الدين
كما لا بد من الرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل انه يقول ارسلني فلان يقول لك
اقرضني كذا بخلاف الوكيل بالاستقراض فانه يضيف الى نفسه فيقول اقرضني والرسالة بالاستقراض
جائزة **قوله** ولا يستحلف الوكيل لانه نائب عنه في الايضاح ولو اراد المطلوب ان يحلف ما يعلم ان
الطالب قد استوفى لم يحلفه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال زفر رح احلفه على العلم فان
ان يحلف خرج عن الوكالة وكان الطالب على حجته لان الوكيل لو اقر بذلك بطلت وكالته فجاز
ان يحلف وابو حنيفة وابو يوسف رح يقولان بانه يدعي حقا على الموكل لا على الوكيل فلو حلفنا
الوكيل لحلفناه بطريق النيابة والنيابة لا تجري في اليمين **قوله** لان التدارك ممكن هناك
اي في مسئلة الدين باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله اذ القضاء لم ينفذ
باطنا لانه ما قضى الا بمجرد التسليم وكان كالقضاء بالاملاك المرسلة وهنا غير ممكن لان
القضاء بالفسخ ماض على الصحة لان قضاء القاضي في العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا و
باطنا عند ابي حنيفة رح ومتى نفذ القضاء بالفسخ ظاهرا وباطنا لا يكون للبايع ان يستحلف
المشتري اذا حضر على الرضاء لانه لا فائدة ان نكل فظهر انه كان راضيا بالعيب ان
حق الفسخ لم يكن ثابتا للمشتري فان القاضي اخطأ في قضائه بالفسخ ولكن عند ظهور الخطا
في القضاء بالفسخ لا يبطل قضاءه بالفسخ **قوله** حتى قالوا يجب ان يتحد الجواب عند ابي يوسف
ومحمد رح في الفصلين ولا ينفذ القضاء بالرد لان التدارك ممكن عندهما في هذا كما في
مسئلة الدين لان القضاء بالرد لا ينفذ في الباطن عندهما كالقضاء بالتسليم وينبغي ان
عند ابي يوسف رح ان يتحد في الفصلين اي في فصل الرد بالعيب وفصل الدين لان من مذهبه
ان القاضي لا يرد المبيع على البايع اذا كان المشتري حاضرا واراد الرد ما لم يستحلفه بالله
ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البايع واذا كان المشتري غائبا لا يرد عليه ايضا حتى
يستحلف صيانة للقضاء عن البطلان ونظرا للبايع والمديون ايضا وعنه روايتان في رواية
مثل قول محمد رح وفي رواية يوخذ فيهما اعتبارا للنظر **قوله** فالعشرة بالعشرة اي العشرة التي
انفقها الوكيل من عند نفسه مقابلة العشرة التي اخذها من الموكل اي لا يكون متبرعا
قال الامام التمرتاشي رح هذا اذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت شراء النفقة وكان يضيف
العقد اليها او كان مطلقا لكن ينوي تلك العشرة وان كانت عشرة الدافع مستهلكة او
كان يشتري النفقة بعشرة نفسه ويضيف العقد اليها يصير مشتريا لنفسه ومتبرعا بالانفاق
لان الدراهم متعين في الوكالة وكذا اذا اضاف العقد الى غيرها عند غيبة الطالب وكذلك لا
يتعين عند العامة لكن يتعلق الوكالة ببقائها بخلاف المضاربة والشركة حيث يتعين

فيها **قوله** وفي القياس لا يجوز ذلك فيصير متبرعا حتى لو كيل بالانفاق يصير متبرعا في انفاق مال نفسه
بغير امر الموكل ولا يرجع به على الموكل بما نقص اليه لان الدراهم تتعين في الوكالات بدليل انها لو هلكت
بطلت الوكالة وهذا الظاهر رح عشرة اليه وجه القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه
ليس بتوكيل بالشراء واما الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان تعارفه في الانفاق الى شراء ما يحتاج
اليه في النفقة والوكيل بالشراء لا يكون متبرعا قياسا واستحسانا لانه لا يمكنه استصحاب دراهم
الموكل في الاحوال كلها فربما يظفر في السوق بشيء مما يحتاج اليه فلو لم يتمكن من الشراء ونقد
الثمن من دراهم نفسه على سبيل الاقراض من الموكل واخذ دراهمه جهة لكونه ظافرا بجنس
حقه ادى ذلك الى الاخلال بالغرض المطلوب بهذا الطريق اذا قضى الوصي دين الصغير بمال
نفسه يتمكن من الرجوع به في مال الصغير في الاصح

باب عزل الوكيل

قوله بطلب من جهة
الطالب يتعلق بالطلب لانه لو لم يكن بالطلب يملك الموكل عزله سواء كان الخصم حاضرا او غائبا
ويكون الطلب من جهة الطالب لانه لو كان من جهة المطلوب اي المدعى عليه ووكل الطالب
لم يعزله عند غيبة المطلوب لان الطالب بالعزل يبطل حق نفسه اذ خصومة الوكيل حق الطالب
لقيامه مقام الطالب وخصومة الطالب بنفسه حقه وكذا خصومة من قام مقامه **قوله**
لما فيه من ابطال حق الغير وهو ان يحضره مجلس الحكم ويخاصمه ويثبت حقه عليه فلو صح قوله
عند غيبة الطالب يبطل هذا الحق اصلا لانه لا يمكنه الخصومة مع الوكيل مرتها بغيبة المطلوب
قبل ان يحضر الطالب فلا يمكنه الخصومة معه ايضا بخلاف ما اذا كان الطالب حاضرا فانه حقه
لا يبطل اصلا لانه ان لم يمكنه الخصومة مع الوكيل يمكنه الخصومة مع المطلوب يمكنه ان يطلب
منه وكيلا آخر **قوله** فصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن اي في تعلق حق الغير بوكالة
الوكيل وبطلان حق ذلك الغير عند صحة العزل الا ان الموكل في الرهن لا يمكن عزله اصلا
اذا لم يرض المرتهن به والمطلوب هنالك يعزله عند حضرة الطالب وان لم يرض به الطالب لانه
لا يبطل حقه لانه يمكنه ان يخاصم المطلوب وفي الرهن لو صح العزل حال حضرة المرتهن يبطل
حقه في البيع اصلا لانه لا يمكنه ان يطالب الراهن بالبيع **قوله** لانه في العزل اخبار انه
من حيث ابطال ولاية وفي ابطال ولاية تكذيب له الوكيل انما يصح لموكله او طلق امرأته او
باع او اشترى له على ادعاء انه وكيله ثم لو صح عزله من غير علم الوكيل كان تكذيبا للوكيل
فيما ادعى من الوكيل البطلان ولانه على هذه التصرفات بالعزل وفي تكذيب الانسان فيما
يقول ضرر عليه وهذا المعنى عام يشمل جميع التصرفات من النكاح والطلاق والبيع
والشراء **فان قيل** ابطال الولاية لا يتوقف على علم اولا كما في عزل الوكيل **قلنا** هو ابطال
نظرا الى الولاية في الحال لا لقصد من حيث ان حال البقاء في هذا العقد مثل الابتداء فانه
ينعقد ساعة فساعة الا ترى انه يبطل بموت الموكل والوكيل وجنونهما واذا كان للعقد

Copyright © King Saud University

لو وكيل في كتابيان السهو

حكم الابتداء فبالعزل كانه منع الوكيل من التصرف في محل مملوك له ولهذه الولاية فوقفنا على التشهير

حظهما فقلنا بصحة العزل مع العلم علا بشبه المنع وبعدم ثبوته عند انتفاء العلم علا بشبه الابتداء

قوله فينفذ من مال الموكل اي اذا كان وكيله بالشراء فسلم المبيع واذا كان وكيلا بالبيع فيضمنه

ما نقد من الثمن وما سلم من المبيع على تقدير صحة العزل **قوله** ويعزل بالدفع كالوكيل بالطلاق

والعتاق **قوله** للوجه الاول وهو ان في العزل اضرارا به من حيث ابطال ولايته وقال الشافعي

لا ينعزل وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه لان نفوذ الوكالة لحق الموكل

المنفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق قلنا نفوذ الوكالة لحقه لكن يتضرر الغير في

اسقاطه ولان العزل خطاب يلزم الوكيل بان يمتنع من التصرف وحكم الخطاب لا يثبت في حق

المخاطب ما لم يعلم به كخطاب الشرع فلا يثبت حكم العزل في حقه ما لم يعلم به **قوله** لان التوكيل

تصرف غير لازم فيكون لدوامه حكم ابتدائه وانما كان كذلك لان التصرف اذا كان غير لازم كان

المتصرف في كل لحظة من اللحظات بحكم دوامه التصرف بسبب في النقض والفسخ فلما لم يفسخ

جعل امتناعه من الفسخ عند امكانه بمنزلة ابتداء تصرف آخر من جنسه واما اذا كان لازما

لا يتأتى هذا المعنى لان المتصرف لا يمكن في كل لحظة من الفسخ فلا يجعل امتناعه عن العزل بمنزلة

الابتداء **قوله** فلا بد من قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض اي امر التوكيل بهذه العوارض

من الموت والجنون والارتداد **فان قيل** البيع بالخيار غير لازم ومع ذلك لا يبطل البيع

بالموت بل ينفذ البيع ويبطل الخيار **قلنا** الاصل في البيع اللزوم وعدم اللزوم بسبب

العارض وهو الخيار فاذا مات تقرر الخيار الاصل وبطل العارض **قوله** لانه يسقط جميع

العبادات كالصوم والصلوة والزكوة اما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكوة فلا يكون

في معنى الموت **قوله** واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر هذا اذا كانت الوكالة بالبيع

والشراء واما اذا كان التوكيل بقضاء الدين او التقاضي لم يبطل ذلك التوكيل بعجز المكاتب

ولا بالحجر على المأذون لان في كل شيء ولي العقد لا يسقط المطالبة عنه بالحجر عليه بل يبقى

هو مطالبا بايفائه ولو وكالة المطالبة باستيفاء ما وجب له لان وجوبه كان بعقده فاذا عجز

عجز نفي وكيله على الوكالة ولو وكله ابتداء بعد الحجر بعد انعقاد العقد بما شرع ثم

فاذا باعه بان المشتري او مات بطلت وكالة الوكيل في جميع ذلك لانه حين خرج عن ملكه

لم يبق له حق المطالبة بالاستيفاء فيبطل وكالة الوكيل حكما لخروج الموكل من ان يكون مالكا

لهذا التصرف **قوله** او الشريكان فافترقا اي احد الشريكين يعني به انه يبطل الوكالة في حق

الشريك الآخر الذي لم يوجد منه التوكيل صريحا وانما صار وكيلا عنه بالشركة فلما افترقا

لم يبق وكيلا عنه انما بقي وكيلا في حق الآخر يعني انه لا ينعزل فيما اذا وكل الشريكان صريحا

بافتراقهما والدليل عليه ما ذكر في الجامع في الباب الرابع من كتاب الشركة احد المتفاوضين كان

امر رجلا بان يشتري له عبدا بالف درهم ولم يدفع اليه الثمن صحت الوكالة وصار هذا الرجل وكيلا عنهما

فلو تفرق الشريكان المفاوضة وانتقض كل واحد منهما بحيلة علم او لم ثم اشترى الوكيل بعد ذلك عبدا وهو

يعلم بنقض المفاوضة او لا يعلم جاز شراء الوكيل والعبد لازم للآمر خاصة دون شريكه الاول و

الثاني **قوله** فاذا مات الوكيل او جن جنونا مطبقا مشتقا من قولهم اطبق الغيم السماء اذا استوعبها

لان كثرته كالموت وقليله كالاغماء وحد الجنون المطبق مذكور في المتن وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز

له التصرف الا ان يعود مسلما هذا اذا حكم القاضي بلحاقه ذكر شيخ الاسلام رحمه الله في المبسوط وان لحق

الوكيل بدار الحرب مرتدا فانه لا ينعزل عن الوكالة عندهم جميعا ما لم يقض القاضي بلحاقه ولو عاد

الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا لا يعود الوكالة اي وقد لحق بدار الحرب وقضى القاضي باللحاق

ثم عاد مسلما فعن محمد رحمه الله انه يعود وابو يوسف رحمه الله سوى بين عود الوكيل مسلما وبين عود الموكل

مسلما بعد قضاء القاضي باللحوق حيث يعود الوكالة في الفصلين ومحمد رحمه الله فرق بينهما في الظاهر والفرق

ان الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات فاما رده الوكيل

لم يزل ملك الموكل وكان محل تصرف الوكيل باقيا ولكنه عجز عن التصرفات بعارض فاذا زال العارض

صار كان لم يكن وعن محمد رحمه الله انه سوى بينهما وقال لا يعود وكيلا كما كان بينهما لان الموكل اذا عاد مسلما

يعاد عليه ما له على قديم ملكه وقد تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته **قوله** ومن

وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به بطلت الوكالة وفي الذخيرة والاصل في جنس هذه المسائل

ان الموكل متى احدث تصرفا فيما وكل بغيره قبل بيع الوكيل ان كان تصرفا يعجز الوكيل عن البيع يخرج

عن الوكالة وان كان تصرفا لا يعجزه عن البيع لا يخرج عن الوكالة لانه اذا عجز عن البيع فقد عجز عن

الامتثال فبالعجز عن الامتثال يخرج الوكيل عن الوكالة اذا ثبت هذا نقول لو باع او وهب او تصدق

بعد او وطئ فاستولدها فالوكيل يخرج عن الوكالة لان هذه التصرفات في العين يعجز الوكيل

عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات لا يقدر على البيع فكذا وكيله ولو وطئ

ولم يستولدها او استخدمها او اذن له في التجارة كان على الوكالة لان هذه التصرفات لا تعجز الوكيل

عن البيع الا ترى ان الموكل بعد احداث هذه التصرفات يقدر على البيع بنفسه فكذا وكيله **قوله**

اذا رهن او آجر وسلم ذكر في ظاهر الرواية انه لا يخرج عن الوكالة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يخرج

او طلقها فانقضت عدتها وفي المبسوط وكذا ان طلقها ثم طلقها الزوج او خلعها فان طلاق

الوكيل لا يقع عليها ما دامت في العدة لان الزوج بعد الطلاق والخلع مالك للايقاع الطلاق عليها

فبقي الوكيل على وكالته وان انقضت عدتها لم يقع طلاق الوكيل عليها بعد ذلك لان الزوج خرج من

ان يكون مالكا للايقاع عليها بعد العدة فيبطل الوكالة وكذلك ان تزوجها بعد ذلك لم يكن

الزوج من الايقاع بسبب المتجدد والوكالة تعلقت بالاول فلا يعود الوكالة باعتباره وعلى هذا لو ارتدت

او ارتد الزوج فان طلاق الوكيل يقع عليها في العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار

اسٹ

المهر بيتها نعللك بقوله سوبته فلا تقع عليها طلاق الوكيل بعد ذلك فلو اخذته اهل الحرب عبدا فادخلوه في
دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بان اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو اخذه من المشتري منهم بالثمن
اوبعين وقع في سهمه من الغانمين بالقيمة فهو على الوكالة لانه بالاخذ بهذا الطريق يعيد الى قديم
ملكه ولو وكله بان يعتق امته ثم اعتقها المولى فارتدت ولحقت بدار الحرب فاسترت وملكها
المولى لم يجز عتق الوكيل فيها لانه كان ما حصل انا ثبت بالدلالة الرق الذي كان فيها وقد زال باعتاق
المولى وهذا الحادث يتجدد بتجديد السبب فلا يكون هو وكيلا باذالته **قوله** فلو رد عليه بعيب
بقضاء قاض في المبسوط ولو باعها الوكيل او الآمر ثم ردت بعيب بقضاء قاض فللوكيل ان يبيعها
لان الرد بالعيب بقضاء قاض فسخ من الاصل وعادت الى قديم ملك الموكل فلو قبلها الموكل بالعيب
بغير قضاء القاضي بعد قبض المشتري لم يكن للوكيل ان يبيعها وكذلك ان تقايلا البيع فيها لان
هذا السبب كالعقد المبتدأ في حق غير المتعاقدين والوكيل غيرهما فكان في حق الوكيل كان الموكل اشتراها
ابتداء وكذلك ان رجعت الى الموكل بميراث او هبة او غيرهما فكان في حق الوكيل كملك جديد
لم يكن للوكيل بيعها لان الوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد سوى الاول وفي الذخيرة
ولو قال المشتري فليس للوكيل ان يبيعه اذا كانت الاقالة بعد القبض لانه بمنزلة الشراء الجديد
في حق الثالث وكذلك اذا كانت الاقالة قبل القبض لان الامر قد انتهى نهايته بالبيع والمقصود
من البيع هو الثمن وان كانت الاقالة فسخا من جهة الموكل وفوات المقصود من التصرف من
جهة المتصرف لا يلحق المتصرف بالعدم **قوله** بخلاف ما اذا وكله بالهبة يتعلق بقوله وقال محمد له
ان يبيعه مرة اخرى **قوله** فوهب بنفسه ليس بقيد لانه لو وكله بان يهب عبده فوهبه الوكيل ثم
رجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل ان يهبه مرة اخرى خلافا لمحمد ولا يشبه البيع لان الوكالة بالبيع
لا تنقضي بمباشرة البيع لان الوكيل بعدما باع يتعلق حقوق العقد به فبقي فيها حكم الوكالة فاذا
انفسخ البيع والوكالة باقية جاز له ان يبيع ثانيا بحكمها اما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة
حتى لا يملك الواهب الرجوع ولا يجب تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا وكالة فلا
يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا والله اعلم

كتاب الدعوى

هي اسم للادعاء الذي هو مصدر
ادعى زيد على عمرو مالا فزيد المدعي وعمرو المدعى عليه والمال المدعى والمدعى به خطأ والفها
للتانيث فلا تنون وتجمع دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى والدعوى في العرف
يقول الناس ابطال ما اقول تم دعويهم فيها سبحانك اللهم فمعناها الدعاء والدعوة بفتح
الدال المدعاة وهي المادبة وبالكسر في النسب وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان
ايجاب حق على غيره وقيل عبارة عن اضافة الشي الى نفسه حالة المسالمة والمنازعة
واما شرعا فيراد بها اضافة الشي الى نفسه في حالة مخصوصة وهي حالة المنازعة ولهذا
قال صلى الله عليه وسلم البينة على المدعي واليمين على من انكر وقيل المدعي لغة من يقصد

ايجاب

ايجاب الحق على الغير الا ان اطلاق اسم المدعي في عرف اللسان يتناول من لا حجة له ولا يتناول من له
حجة يسميه مدعيا قبل اقامة البينة فاما بعد اقامة البينة يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة الكذاب
لعنه الله مدعي النبوة وشرط صحتها مجلس القضاء فالدعوى في غير مجلس القضاء لا تصح حتى لا
يستحق على المدعى عليه جوابها ومن شرائط صحتها ايضا ان تكون دعوى المدعي على خصم حاضر وان
يكون المدعى شيئا معلوما وان يتعلق به حكم على المطلوب ولهذا لو ادعى انه وكيل هذا الخصم الغائب
في امر من اموره فان القاضي لا يسمع دعواه هذا اذا انكر الآخر لانه يمكنه عزله في الحال واما
حكمها فوجوب الجواب على الخصم بنعم او بلا ولهذا وجب على القاضي احضاره مجلس الحكم حتى يوفي
ما استحق عليه من الجواب وهي نوعان صحيحة وفاسدة **قوله** في معرفة الفرق بينهما اي بين المدعي
والمدعى عليه من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى **قوله** كذا قاله فانه اذا قال هو لي كان له ما لم يثبت
الغير استحقاقه **قوله** من يتمسك بغير الظاهر كما اذا ادعى دينا بوجه من الوجوه على آخر فانه يتمسك على
المدعي لدعواه امرا عارضا وهو شغل ذمته بحقه والظاهر عدمه والمدعى عليه هو المنكر لتمسكه بالاصل
وهو براءة ذمته وهو الظاهر لكون الاملاك في يد الملاك وكان الخارج ملتمسا خلاف الظاهر
قوله والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا اي المعنى اذ الاعتبار للمعاني دون الصور
والمباني فانه قد يوجد الكلام من الشخص في صورة الدعوى وهو انكار معنى كالمودع اذا ادعى
رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر لوجوب الضمان معنى ولهذا يحلفه القاضي اذا ادعى الى
لا لزمه رد ولا ضمان ولا يحلفه انه رده لان اليمين يكون ابدا على النفي **فان قيل** المودع يدعي
الرد ويتمسك بما ليس بثابت اذ الرد لم يكن ثابتا وهو يدعيه والمودع متمسك بما هو ثابت وهو
عدم الرد فانه كان ثابتا وهو يدعيه وكان ينبغي ان يكون المودع هو المدعي والمودع هو المدعى
عليه **قلنا** المودع يدعي فراغ ذمته عن الضمان وهو الاصل والمودع يدعي شغل ذمته وانه لم
يكن ثابتا ولهذا تقبل بينته اذا اقامها اعتبارا للصورة ويحلف على الخصومة ويحلف اعتبارا للمعنى
قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره اعلم ان الدعوى نوعان صحيحة و
فاسدة فالصحيحة ما يتعلق بها احكامها وهي احضار الخصم ووجوب الحضور والمطالبة بالجواب
ووجوب الجواب واليمين اذا انكر والاثبات بالبينة ولزوم احضار المدعى به والفاسدة ما لا يتعلق
بها الاحكام التي بيناها وفساد الدعوى لاحد معنيين اما ان لا يكون ملزما شيئا على الخصم اذا
ثبت كمن ادعى على غيره انه وكيله او يكون المدعى مجهولا في نفسه لان فائدة الدعوى الالزام
بواسطة اقامة الحجة والالزام لا يتحقق في المجهول لان القاضي لا يتمكن من القضاء بالمجهول الا
بعد المدعي ولا ينكر المدعى عليه **قوله** في جنسه بان قال حنطة مثلا وقدره بان قال عشرة اقفزة
حنطة وفي الذخيرة وان كان المدعى مكيلا فانما تصح الدعوى اذا ذكر المدعي جنسه بانه حنطة او
شعير ونوعه ويذكر مع ذلك نوعها انها سقية او برية خريفية او ربيعية ويذكر مع ذلك صفتها انها

Copyright © King Saud University

جيدة او وسط او ردية ويذكر قدرها بالكيل بقوله كذا قفيزا لان القدر في الحنطة الكيل ويذكر بقفيز
كذا لان القفيزان يتفاوت في ذاتها ويذكر سبب الوجوب لان احكام الدين يختلف باختلاف اسبابها
فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز
الاستبدال به قبل القبض وان كان من ثمن مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط فيه
مكان الايفاء **قوله** وان لم يكن حاضرة ذكر قيمتها وفي الذخيرة وان وقع الدعوى في عين
غايب لا يعرف مكانه بان ادعى رجل على رجل انه غصب منه ثوبا او جارية ولا يدري انه قايم او
هالك فان بين الجنس والصفة والقيمة فدعواه مسموعة وبينته مقبولة وان لم يبين القيمة
اشار في عامة الكتب الى انها مسموعة لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان
القيمة لتضرر به وقال الامام فخر الاسلام البزدوي انه اذا كانت المسئلة مختلفا فيها ينبغي
للقاضي ان يكلف المدعي بيان القيمة فاذا كلفه ولم يبين تسمع لان الانسان قد لا يعرف
قيمة ماله فلو كلفه بيان القيمة فقد اضر به او يتعذر عليه الوصول الى حقه واذا سقط بيان
القيمة من المدعي سقط من الشاهد بالطريق الاولى **قوله** والقيمة تعرف به اي القيمة شيء
يعرف العين بذلك الشيء فلذلك شرط ذكر قيمة العين وقيل ان العين لا تعرف بالوصف
وان بولغ في وصفه لمشاركة كثير في الاعيان اياه في ذلك الجنس ولكن بيان الوصف طولا
وعرضا وغير ذلك تعرف قيمته وقيل تعرف القيمة ببيان الوصف لانه اذا قيل انه قيمته عشرة
دراهم من الفضة الجيدة وكذا دينارا من الذهب الركني يصير قيمته معلومة بهذا الوصف **قوله**
بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعي ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراء
شيء بثمن منقود فان الشهادة يقبل عليه وان سكتوا عن جنس الثمن ولو ذكروا واختلفوا
اختلفوا لم يقبل **قوله** وعن هذا قالوا في المنقول اشارة الى قوله لحتمل انه يكون مرهونا
في يد المدعي او محبوسا بالثمن في يده **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان المطالبة حق فلا بد من
طلبه **قوله** لكن لا بد من تعريفه بالوصف فان كان المدعي ذهبا فانه يبين اذا بين الجنس بان
قال ذهب او فضة وان بين الجنس فبعد ذلك ان كان مضروبا يقول كذا دينارا ويذكر نوعه بخارى
الضرب او نيسابوري الضرب فينبغي ان يذكر صفته انه جيد او وسط او ردي انما يحتاج الى
ذكر الصفة اذا كان في البلد نقود مختلفة اما اذا كان في البلد نقد واحد فلا وان كان في
البلد نقود مختلفة والكل في الرواج سواء ولا فضل للبعض على البعض يجوز البيع ويعطي
البايع اي نقد شاء الا ان في الدعوى لا بد من تعيين احدهما وان كان احد النقدين اروج
الاخر فصل في العقد جاز وينصرف الى الاروج وينصرف الى الملفوظ في الدعوى فلا حاجة
الى البيان في الدعوى الا اذا كان مضى زمان طويل من وقت العقد الى وقت الخصومة بحيث
لا يعلم الاروج في وقت العقد فحينئذ يشترط بيان الاروج في ذلك الوقت ما كان وان كان الاخر

بين

بسبب القرض والاستهلاك فلا بد من بيان الصفة على كل حال وان كان المدعي نقرة فان كان مضروبا
ذكر نوعها وهو ما يضاف اليه ويذكر صفتها انها جيدة او وسط او ردية ويذكر قدرها انها
كذا درهما وعشرة لان وزن الدرهم يختلف باختلاف البلدان والمكي في ديارنا وزن سبعة
وهو الذي كل عشرة منها وزن سبعة مثاقيل وان كانت الفضة غير مضروبة وان كانت خالصة عن
الغش يذكر كذا فضة خالصة ويذكر نوعها بان قال نقرة طمغاجية ويذكر صفتها انها جيدة او
وسطا او ردية وقيل اذا ذكر طمغاجية لا حاجة الى ذكر الجودة وان كان المدعى دراهم مضروبة
الغش فيها غالب ان كان يتعامل بها وزنا يذكر انها وزنا وصفتها وان كان يتعامل بها عددا
يذكر عددها ولو ادعى الحنطة او الشعير بالاسامي من اوصافها فقد قيل لا يصح هذه الدعوى
وقيل يصح وفي الدرر والملح يعتبر العرف لما في الاشياء الستة المقدر وهي الكيل في الاربعة منها
وهي الحنطة والشعير والتمر والملح وفي الذهب والفضة الوزن ثم اذا ادعى الحنطة والشعير بكيل
حتى صحت الدعوى بلا خلاف واقام البينة على ان المدعى عليه بالحنطة والشعير لم يذكر الصفة
في الاقرار قبلت بينته في حق الحبس على الاداء وان ادعى الدقيق بالقفيز لا يصح لانه اسم بالكبس
مع ذكر الوزن حتى صحت الدعوى لا بد ان يذكر انه دقيق يابس او مغسول ويذكر مع ذلك انه
منخول او غير منخول ويذكر مع ذلك انه جيد او وسط او ردي قال الفقيه ابو بكر هذا كله في الذخيرة
وفصول الامام الاستروشني **قوله** بان اقر قضى عليه بها اطلاق لفظ القضاء توسع لان الاقرار
حجة بنفسه ولا يتوقف على القضاء وكان الحكم من القاضي الزاما بالخروج عن موجب الاقرار
بخلاف البينة لانها انما تصير حجة باتصال القضاء بها **قوله** لانتفاء التهمة عنها اي عن الدعوى
قوله لما روينا اي الك بينة قال انما شرط طلبه لان اليمين حق المدعي فيلي المدعى عليه اذ الاضافة بحرف
اللام المقتضية للاختصاص تنصيص على ان اليمين حق المدعي والفقه فيه ان المدعي
يزعم انه اتوى بالانكار حقه فشرع الاستحلاف حتى لو كان الامر كما زعم يكون اتواء مقابل
اتواء فان اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع والا ينال المدعى عليه الثواب بذكر اسم الله تعالى
على سبيل التعظيم ثم كان اليمين حق المدعي لكنها حق المدعى عليه من حيث ان شرعيتها
لما كانت لاظهار صدق المدعى عليه وما كان يترجح صدق الانسان كان حقا له **باب** اليمين **قوله**
معناه حاضرة في المصر احترز به عن البينة الحاضرة في مجلس الحكم فان البينة لو كانت حاضرة
في مجلس الحكم لا يجوز الحكم باليمين بالاتفاق وان طلب الخصم **قوله** وجعل جنس الايمان على
المنكر اذ الالف واللام لاستغراق الجنس فمن جعل بعض الايمان حجة للمدعي فقد خالف النص
وحديث الشاهد واليمين غريب فما رويناه مشهور تلقته الامة بالقبول حتى صار
في حيز التواتر فلا يعارضه على ان يحيى بن معين رده **قوله** وليس وراء الجنس شيء اي
شيء من افراد ذلك الجنس وفيه خلاف الشافعي رحمه الله فعنده اذا لم يكن للمدعي بينة اصلا

Copyright © King Saud University

حلف القاضي المدعى عليه فنكل يرد اليمين على المدعي فان حلف قضي له والا فلا لان الظاهر
شاهد للمدعي بنكوله فيعتبر يمينه كالمدعى عليه وكذا اذا اقام المدعي شاهدا واحدا وعجز عن
اقامة شاهد آخر فانه يرد اليمين عليه فان حلف قضي له بما ادعى ان نكل لم يقض له بشيء
قوله ولا يقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق قيد بالملك المطلق احترازا عن الملك المقيد
بدعوى النتاج ونحوه قوله وصار كالنتاج بان ادعى كل واحد من الخارج وذو اليد ان هذه
الدابة نتجت عنده واقاما البينة على ذلك لاحدهما بيد فانه يقضى لصاحب اليد وكذلك
اذا تنازعا في نكاح امراة واقاما البينة وهي في يد احدهما فصاحب اليد اولى وكدعوى الملك
مع الاعتاق بان يكون عبد في يد رجل اقام الخارج البينة انه عبده اعتقه واقام ذو
اليد البينة انه اعتقه وهو يملكه فبينة ذي اليد اولى من بينة الخارج لان المقصود هنالك
اثبات الولاء على العبد والولاء كالنسب فانما اثبته كل واحد منهما على العبد فلما استوت
البينتان في الاثبات ترجح جانب ذي اليد بيده وكذا لو ادعى كل واحد منهما انها امته دبرها
او استولدها ولنا ان بينة الخارج اكثر اثباتا اي في علم القاضي فان البينات شرعت للاثبات
لانها والكلام في المحض ستره مظهرة ولكن لما لم يكن لنا علم بذلك والاحكام عندنا
تثبت باسبابها اخذت البينة حكم الاثبات كالعلل الشرعية فانها امارات في حق الشرع
وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا اوجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم
يحال الى شهادتهم ايجابا قوله اما ظاهرا اي في الواقع فان الخارج بينة فظهر ما كان ثابتا
في الواقع وبينة الخارج اكثر اثباتا لانه بينة تستحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر
يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينة شيئا لانه لا ملك للخارج بوجه فلا يكون بينة
مثبتة للملك بما هو مدرك الملك الثابت باليد والتاكيد اثبات وصف للموجود لا
اثبات اصل الملك وبينة الخارج يثبت اصل الملك فصح قولنا انها اكثر اثباتا بخلاف
النتاج لان اليد لا يدل عليه وكذا على الاعتاق والتدبير والاستيلاد وعلى الولاء الثابت
فاستوت البينات في الاثبات فترجح بينة ذي اليد باليد قوله ويقضي المدعى عليه بظهور
كون المدعي محقا في دعواه كما كانت اليمين المدعى عليه قوله ولنا ان النكول دل على
كونه باذلا اي على نفسها بحقيقته او مقرا اي على قولهما اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين
اقامة للواجب اي عليه السلم قال واليمين على من انكر وكلمة على للوجوب قوله فترجح
هذا الجانب اي جانب كونه باذلا او مقرا على جانب التورع لان الشرع الزمه التورع عن
اليمين الكاذبة دون الترفع عن اليمين الصادقة فلذلك ترجح هذه الجانب
نكوله ولانه لا يتمكن من الترفع عن اليمين الصادقة الا ببذل المال لانه انما يخرج
ملتزما للعهدة لا ملحقا الضرر بالغير فيخرج الحق كذا في المبسوط قوله ولا وجه لرد اليمين

المدعي

المدعي لما قلنا اشارة الى قوله ولا يرد اليمين على المدعي لقوله عليه السلم البينة على المدعي آه قوله وعلا
بالحكم اي الحكم بالنكول فهو موضع للخطا لان القضاء بالنكول مجتهد فيه فان عند الشافعي لا يحكم
بالنكول بل يرد اليمين الى المدعي فاذا كرر العرض عليه ثلث مرات يقضي عليه بالنكول والتقدير بالثلث
في عرض اليمين للزوم في المروي عن ابي يوسف ومحمد والجمهور على انه للاحتياط حتى لو قضى بالنكول
بعد العرض مرة نفذ قضاؤه في الصحيح ولا بد ان يكون النكول في مجلس القضاء وهل يشترط القضاء
فور النكول فيه اختلاف ثم الكلام الاستحلاف عند غير القاضي كان المدعي على دعواه لان المعتبر
يمين قاطعة للخصومة واليمين عند غير القاضي غير قاطعة وان كان الاستحلاف الاول عند القاضي
لا يحلفه ثانيا وكذا لو اصطلحا على ان المدعي لو حلف فالمدعى عليه ضامن المال وحلف فالصلح
باطل ولا شيء على المدعى عليه قوله ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة آه وصورة ذلك
بان ادعى الرجل على امراة انه تزوجها بعد القضاء وانقضاء العدة انه كان راجعها في
العدة وانكرت المراة وادعت المراة ذلك وانكر الزوج او ادعى الفيء بعد انقضاء مدة
الايلاء انه كان فاء اليها في المدة وانكرت المراة او ادعت المراة ذلك وانكر الزوج او ادعى
مجهول النسب انه عبده او ادعى ذلك على المجهول واختصما على هذا الوجه في ولاء العتاقة
او ولاء الموالاة او ادعى على ان المدعى عليه ولده او والده او ادعت الامة على مولاها
انها ولدت منه هذا الولد او ادعت انها ولدت منه ولدا وقد مات الولد وانها ام ولده
عند ابي حنيفة وره ولا يستحلف المنكر في هذه المسائل السبع وعندهما يستحلف فاذا نكل
يقضي بالنكول الا في الاستيلاد لا يتصور الطرف الآخر لان المولى لو اقر يصح اقراره فلا
حاجة الى الاستحلاف وفي اللعان لا يستحلف في قولهم وصورته اذا ادعت المراة على
زوجها انه قذفها قذفا موجبا للعان وانكر الزوج لا يستحلف لان موجب قذف الزوج
زوجته معتبر بموجب قذف الاجنبي وفيه لا يقضى بالنكول فهذا مثله لان كل واحد منهما
يندرئ بالشبهات حتى لا يثبت بالابدال عن الحجج ككتاب القاضي والشهادة على الشهادة
وشهادة رجل وامراتين ولا يحل فيه البذل والا باحة قوله يكون اقرارا او بدلا عنه اي
خلفا عن الاقرار وحاصله ان يكون هذا الترديد للدفع بعض الشبهات التي ترد عليها في القول
بالاقرار بعد النكول ليس باقرار في نفسه ولكن يجعل مقام الاقرار لوجوب قطع الخصومة بالاقرار
لا باليمين وانما يلزمه القطع بعد الحجة فيقوم النكول مقام الاقرار لتعدد الحاجة على الخصوص
الا ترى انه لا يصح الا في مجلس القضاء لانه ثبت بحسب حاجة القاضي اليه واما الاقرار الحجة لا
بوجوب قطع الخصومة عليه حتى لو اقر في مجلس القضاء او قبل الدعوى صح وان كان كذلك
يجعل النكول بمنزلة الوجوب كانه نكل في غير مجلس القضاء لا يستحلف الخصم نفسه ف
يدل على ما قلنا ما ذكر في الجامع رجل اشترى نصف عبد ثم اشترى النصف الباقي ثم وجد

Copyright © King Saud University

بر عيبا فخاصمه في النصف الاول فانكر البايع ونكل عن اليمين فرد عليه ثم خاصمه في النصف الباقي
فانكر ثم يلزمه ويستحلف عليه ولو جعل النكول اقرارا من كل وجه للزمه النصف الاخر بنكوله في المرة
الاولى **فان قيل** الوكيل بالبيع اذا ادعى عليه عيب في المبيع واستحلف فنكل فانه يلزم الموكل ولو
جعل اقرارا للزم الوكيل **قلنا** انه وان كان كالاقرار فهو اضطرار بسبب البيع بحيث لا اختيار له والموكل
اوقعه فيه فعليه ان يخرجه منه كما لو استحق المبيع منه بعد الهلاك فان الوكيل يضمن ويرجع
على الموكل فاما اذا اقر فهو شي لزمه باختياره وهو الاقرار فانه كان يتقصى عن الدعوى بالسكوت
والنكول كما اذا ثبت الاستحقاق باقراره يلزمه الضمان ولا يرجع به **فان قيل** ينتقض علينا
فالمسألة ذكره في المبسوط وهي ان الرجل اذا قال كفلت لك بما يقر لك به فلان فادعى
المكفول له على فلان بما لا يحلف فنكل فقضى القاضي بنكوله لا يقضي بالمال على الكفيل ولو كان
النكول اقرارا يقضي به **قلنا** انهما يقولان ان النكول بدل عن الاقرار وليس باقراره لهذا انه
المدعي نفس النكول بخلاف الاقرار ولا يحنيفة رحمه الله انه بذل وتفسير البذل عنده ترك المنازعة و
الاعراض عنها وغير مضر بالهبة والتمليك ولهذا قلنا ان الرجل اذا ادعى نصف الدار شايعا
فانكر المدعى عليه يقضي فيه بالنكول وهبة نصف الدار شايعا لا يصح **قوله** لان معه لا يبقى اليمين
واجيب انه يصح البذل لحصول المقصود وهو حصول ما ادعاه المدعي **قوله** والاقرار بدلا اولى
جواب لهما قال ان اليمين كما لا يبقى مع البذل لا يبقى مع الاقرار فلم جعل ابو حنيفة رحمه الله النكول بذلا
ولم يجعل اقرارا كما جعلاه فقال الاقرار بدلا اولى لانا لو حملناه على الاقرار لكذبناه في الانكار
ولو جعلناه بذلا لقطعنا الخصومة بلا تكذيب فكان هذا اولى صيانة للمسلم عن ان يظن به الكذب
والبذل لا يجري في هذه الاشياء فان المرأة لو قالت لا نكاح بيني وبينك ولكني بذلت نفسي لك
لا تحل له بها وكذا لو قال لست ابن فلان ولا اصل لي من الا انه الاصل ولكن هذا يؤدي بي الدعوى
فاجبته ان ينفي فكذا لو قال انا حر الاصل ابذل له نفسي ليسترقني لا يحل له لما اصله الخلاف المال
فانه لو قال هذا المال ليس لي ولكني ابيحه وابذله للتخلص عن خصومته صح بذله فالحاصل ان كل حق
يقبل الاباحة بالاذن ابتدا يقضي عليه بنكوله وما لا فلا **قوله** الا ان هذا بذل لدفع الخصومة فيملكه
المكاتب لما كان النكول بذلا عنده كان ينبغي ان لا يعتبر النكول عن المكاتب والماذون لانهما
لا يملكان البذل فانما اعتبر النكول منهما لانه بذل لقطع الخصومة فلا يجد ان بدا منه فيملكانه
كالضيافة اليسيرة **قوله** وصحته في الدين بناء على زعم المدعي جواب سوال لانه يقال لو
كان النكول بذلا لما جرى في الدين لان محله الاعيان لا الديون اذ البذل هو الاعطاء بلا عوض
في الاوصاف والدين وصف في الذمة فاجاب ان البذل هنا ترك المنع كان المدعي يأخذه
بناء على زعمه انه يأخذ حق نفسه ولا مانع له **قوله** وامر المال هين فبخلاف النكاح ونحوه
فان قيل هذا التعليل يخالف الحديث المشهور وهو قوله عليه السلام واليمين على من انكر

قلنا حض

قلنا حضرمة الحدود واللعان فجاز تخصيص هذه الصورة بالقياس قال القاضي فخر الدين
في الجامع الصغير والفتوى على قولهما وقيل ينبغي ان ينظر في حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه و
ياخذ بقولهما وان كان مظلوما لا يحلفه اخذا بقوله كما في الوكيل بالخصومة **فان قيل** يجب الحكم
على القاضي بالنكول بناء على انه اقرار لا بذل لان البذل مبيح الاخذ للمدعي ولكن لا يلزم القاضي ان
يقضي به كالصلح على الانكار **قلنا** ان كان البذل صريحا فهو بذل من الغير فلا يلزم القاضي واما
اذا كان نكولا فهو بذل من الغير فلا يلزم القاضي واما اذا كان نكولا فهو بذل بحكم الشرع لان
المدعي يستحق بادعائه نفس الدعوى لولا منازعة المنكر بيمينه او بينته والمدعي عليه ابطل بالمنازعة
والشرع ابطل البيان ثم لما امتنع المنكر البيان عاد الامر الى الاصل بحكم الشرع فيلزم القاضي قطع
منازعته والتمكين منه بالقضاء بالاصل لانه لا يمكنه استيفاؤه منه جبرا فانتقل بحكم الشرع الى الاداء
قوله وكذا في النسب اذا ادعى حقا كالارث اذا قال المدعي انه اخ المدعى عليه لابيه وان اباهما مات
وترك مالا في يد المدعى عليه والحجر في اللقيط اذا قال هذا الصبي الذي التقطه اخي فلي ولاية
الحجر عليه وانكر ذو اليد والنفقة اذا قال المدعي وهو زمن انه اخو المدعى عليه فافرض لي
عليه النفقة وانكر المدعى عليه ان يكون هذا المدعي اخاه وامتناع الرجوع في الهبة بان اراد الواهب
الرجوع في الهبة فقال الموهوب له انا اخوك فانه يستحلف المدعى عليه على ما يدعي من النسب
بالاجماع ولكن اذا نكل ثبت ما ادعى من المال والحق لا النسب **قوله** خصوصا اذا كان امتناع
القصاص لمعنى من جهة من عليه الاصل ان امتناع القصاص اذا كان لمعنى من جهة من عليه
يجب المال لها فاما كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من له القصاص لا يجب على المدعى عليه القصاص
ولا المال كما اذا اقام مدعي القصاص على ما ادعى رجلا وامرأتين او الشهادة على الشهادة وكما اذا
ادعى الولي الخطأ والقاتل العمد واذا كان امتناع القصاص لمعنى من جهة من عليه المال كما اذا
اقر بالخطأ والولي يدعي العمد **قوله** ولا يحنيفة رحمه الله ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال
فيجري فيها البذل **فان قيل** لما قطع الطرف عند ابي حنيفة رحمه الله باعتبار ان الطرف يسلك مسلك
الاموال كان ينبغي ان يجري الاستحلاف في قطع السرقة ايضا ويثبت مع الشبهة اما في القصاص
في الطرف فحق العبد الذي يسلك به مسلك الاموال فيحصل معاملة الاموال في ثبوته مع الشبهة
واذا قال المدعي لي بينة حاضرة قيل للخصم اعط كفيلا بنفسك فله ان يطلب وكيلا حتى لو
غاب الاصل يقيم البينة على الوكيل فيقضي عليه وان اعطاه وكيلا له ان يطالبه بالكفيل بنفس
الوكيل واذا اعطاه كفيلا بنفس الوكيل له ان يطالبه بكفيل بنفس الاصل فاذا كان المدعي دينا
لان الدين يستوفى من ذمة الاصل دون الوكيل ولو اخذ كفيلا بالمال له ان يطالبه بكفيل بنفس
الاصل لان الاستيفاء من الاصل يكون ايسر ولو كان المدعى منقولا له ان يطالبه مع ذلك
بكفيل بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه ويصح ان يكون الواحد كفيلا بالنفس وكيلا بالخصومة

انقطع فعلا انكاره كما ذا انقطع فعلا فقضاء ما طلب **قلنا** الفطع في
السرقة ما عرض الا في الشبهة فما عدا الا بنا ما

Copyright © King Saud University

لان الواحد لغيهم بها وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لانه ان لم يكن من قصده الاختفاء لا يتضرر بذلك وان كان
من قصده الاختفاء كان ظالما فلا يتضرر به فيكفل احتياطا **قوله** وهو الصحيح وعن ابي يوسف رح
انه مقدر بمجلس القضاء وكان في الظاهر بين الحاصل والوجيز والمحيط من المال والخطر وعن
محمد انه كان معروفا والظاهر انه لا يخفى نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل فكذا
لو كان المدعا حقيرا لا يخفى المرء نفسه بذلك القدر لا يجبر على اعطاء الكفيل **قوله** والا تركه
معهما اي الى اخذ الكفيل الملازم **باب** في كيفية اليمين والاستحلاف **قوله** الا
ان يكون ينكر وعليه اليمين والاحتياط ان يذكر بغير واو فلو ذكر بالله والرحمن والرحيم بالواو
صارت ثلاثة ايمان والمستحق يمين واحدة **قوله** وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان
يحلف بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وفي الفصول ان القاضي اذا حلف المدعى عليه بالطلاق
فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه بالنكول لانه نكل عما هو منهي عنه شرعا وفي الخلاصة ولو حلف
القاضي بالطلاق فنكل فقضى بالمال لا ينفذ قضاؤه وذكر الامام قاضيخان رح في فتاواه وان
اراد المدعي تحليفه بالطلاق والعتاق ففي ظاهر الرواية انه لا يجيبه القاضي لان ذلك لان — تحليفه
التحليف بالطلاق والعتاق ونحو ذلك حرام وبعضهم جوزوا ذلك في زماننا والصحيح ظاهر
الرواية **قوله** لابن صوريا في الاعراب ابن صوريا بالقصر اسم عجمي **قوله** بل هو ممنوع عن ذلك لما
في ذلك تعظيم تلك البيوت ولا يجب تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان وقال الشافعي رح
ان كانت اليمين في قسامة او لعان او في مال عظيم يبلغ عشرين مثقالا فتخص المكان بين — ص
الركن والمقام ان كان بمكة وعند منبر النبي صلى الله عليه وسلم في المدينة والمسجد الجامع في غيرها
والمسجد ان لم يكن ثمة جامع وبالزمان بعد العصر يوم الجمعة **قوله** الا اذا عرض بما ذكرنا اي عرض
المدعى عليه والتعريض ان يقول للقاضي حين اراد ان يستحلف على السبب وقال له قل
والله ما بعتك بها القاضي البيع قد يقال وكذا في اخواته بان يقول الغصب قد يفسخ بالهبة
البيع او النكاح قد يطلق في الخلع والنكاح قد يجدد بعد الابانة **قوله** اذ الشراء سبب لثبوت
الملك وضعا وكذا الهبة يريد به ان الشراء يثبت باختيار المشتري ومباشرته ويلزم العلم
المشتري وقت الشراء بان ذلك العين الذي اشتراه ملك البائع لما باشر الشراء باختياره
وكذا الموهوب له في قبول الهبة بخلاف الارث فانه يثبت الملك للوارث جبرا من غير اختياره
ولا علم له بحال ملك المورث وذكر فخر الاسلام رح في الجامع الصغير للمشتري والموهوب له — بالبيان
مالك بسبب شرعي وضع له وهنا يشهد على انه ملكه لا ملك غيره فيصح تحليفه بالبتات
لان اتى بعد ما تسبع عما هو مطلق له يشهد بان ذلك ما له الوارث فلا علم له بما صنع المورث فلو
علم انه كان له واذا لم يعلم ثم الامكان صار بان لا وذكر الامام التمرتاشي رح ان في كل موضع
وجبت اليمين على البتات فحلف على العلم لا يسقط عنه الحلف على العلم ولو نكل عنه لا يقضى

علم

عليه لان الحلف على البتات اقوى والله اعلم **باب** التحالف **قوله** ولو بدئ بيمين البائع فسائغ — ١٢٦
المطالبة بتسليم المبيع الى زمان استيفاء الثمن لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان استيفاء الثمن
لان تسليم المبيع يتاخر الى زمان استيفاء الثمن لانه يقال له اسلم المبيع الى ان تستوفي الثمن وكان
تقديم ما يتعجل فائدته اولى **قوله** واقل فائدته التقديم اي النبي صلى الله عليه وسلم جعل القول قول البائع
وهنا يقتضي الاكتفاء بيمينه وكان لا يكتفي بيمينه فلا بد من ان يبدا بيمينه **قوله** يضم الاثبات الى النفي — يصح
تاكيدا بيانه انه لو حلف المشتري بالله ما اشتريته بالفين ربما يحلف ويكون بارا في يمينه لعله اشتراه
بالف وخمسمائة فيبطل حق البائع في الزيادة وكذا البائع لو حلف بالله ما باعه بالف لعله يحلف
صادقا انه باعه بالف درهم ويكون صادقا في يمينه انه لم يبعه بالف درهم فيبطل حق المدعي والاصح
الاقتصار على النفي لان الايمان وضعت للنفي في لعلمه حديث القسامة والله ما قتلتم ولا علمتم
له قاتلا ولا عبرة بذلك الوهم لان البائع لو كان باعه بالف وخمسمائة لا يدعي البيع بالفين
لانه يعلم ان المشتري متى حلف على دعواه لا يبالي بالحلف على الف لانه لا يحنث في يمينه فان حلفا
فسخ القاضي بينهما الى ان طلباه او طلب احدهما وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح هو الاول
لانهما لو حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيعا بثمن مجهول فيفسخه القاضي قطعا
للمنازعة **قوله** لان هذا اختلاف في غير المعقود عليه وغير المعقود به والشرع علق وجوب
التحالف باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوب التحالف باختلافهما
فيما يثبت به البيع والبيع يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل ونحوه قال اذا اختلف المتبايعان في
المبيع او في الثمن وقال زفر رح والشافعي رح يتحالفان اذا اختلفا في الاجل لان هذا في
معنى الاختلاف في مقدار مالية الثمن فان المؤجل انقص من الحال فكان ذلك اختلافا في
وصف الثمن وكذا الاجل ليس بوصف الثمن الا ترى ان الثمن موجود بعد مضيه يعني الثمن
موجود بعد مضي الاجل كما يستحقه البائع من غير تفاوت ولو كان الاجل وصفا للثمن
لتغير حق البائع بتفاوت وصفه لتحقق ان الثمن حق البائع والاجل حق المشتري ولو كان
الاجل وصفا للثمن لتغير حق البائع لكان تابعا للاصل في الاستحقاق **قوله** او صار بحال
لا يقدر على رده بالعيب بان ازداد زيادة متصلة او منفصلة **قوله** وانه يعينه نفع الزيادة
الثمن يعني نفع زيادة الثمن عن المشتري عند نكول البائع وكان التحالف مفيدا الا ترى انهما
لو اختلفا في جنس الثمن بعد هلاك السلعة يتحالفان بان ادعى احدهما الدراهم والاخر
الدنانير ويلزم المشتري رد القيمة **قوله** ورد الشرع به في حال قيام السلعة وهو قوله عليه
السلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا وقوله والسلعة قائمة
مذكور على وجه الشرط ولا يجوز اطلاق قوله عليه السلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما
يقول البائع ويترادان لان المال بالتراد دليل قيام السلعة اذ هو يتعامل من الرد — نسخة

Copyright © King Saud University

الرجوع الجانبان ولا ذلك الا بقيام السلعة وليس الحادثة اذا العقد لا شركا لا يتصور ذلك مع ان
المطلق والمقيد اذا وردا في حادثة واحدة في حكم واحد فالمطلق يحمل على المقيد قوله فلم يكن
في معناه لان عند قيام السلعة يندفع الضرر عن كل واحد منهما بالتحالف فانه ينفسخ العقد
فيعود كل واحد منهما الى راس ماله بعينه وبعد هلاكها لا يحصل ذلك فان العقد بعد هلاك
المبيع لا يحتمل الفسخ بالاقالة والرد بالعيب فكذا بالتحالف اذ الفسخ لا يرد على ما ورد عليه
العقد قوله ولانه لا يبالي بالاختلاف في السبب جواب عن قولهما ان كل واحد منهما يدعي غير
العقد الذي يدعيه صاحبه اي لا يبالي باختلاف السبب بعد حصول المقصود وهو سلامة المبيع
للمشتري حيث سلم له وهلك على ملكه سواء كان الامر ما زعم هو او البائع وصار بمنزلة ما اذا اختلفا
في الف والعين بلا سبب فيكون اليمين على منكر الالف الزائد وهذا بخلاف ما لو اختلفا في
جنس الثمن لان البائع يدعي عليه الدنانير والمشتري يدعي الشراء بالدراهم والبائع ينكر
والتحالف صحيح لانه لا يسلم للمشتري الا بثمن ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على الالف وهو يكون
الصحة فان قيل لو اعتبر حصول المقصود من غير اعتبار لاختلاف السبب كان ينبغي ان يتحالفا
عند قيام السلعة لان المقصود وهو ملك المعقود عليه حاصل للمشتري حتى لو كان جارية حل
للمشتري وطيها قلنا نعم كذلك لكن هو ثابت بالنص بخلاف القياس فقلنا به قوله وانما يراعى
من الفائدة ما يوجبه العقد هذا ايضا جواب عن قولهما فانه يفيد دفع زيادة الثمن اي
فائدة دفع زيادة الثمن ليست من موجبات العقد قوله فان كان عينا تحالفا يعني اذا اختلفا
في ثمنه وبدل ان علي البدل القائم وان اختلفا في كون البدل دينا او عينا ان ادعى المشتري
انه كان عينا تحالفا عندهما وان كان البائع ادعى انه كان دينا لا يتحالفان والقول قول
المشتري قوله وان هلك احد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله
اذا هلك احدهما بعد القبض في الجامع الصغير للمرتاشي وان كانت السلعة غير مقبوضة
تحالفا في موتهما وبموت احدهما وفي الزيادة لوجود الانكار من الجانبين قوله وفي الجامع الصغير
القول قول المشتري اي مع يمينه وانما اعاد ذكر لفظ الجامع الصغير لان لفظ الجامع الصغير
يقتضي ان يكون المستثنى منه يمين المشتري ولفظ المبسوط يقتضي ان يكون المستثنى منه عدم
التحالف لان المذكور قبل الاستثناء هناك لم يتحالفا قوله الا ان يرضى البائع ان يترك حصة
الهالك اصلا اي لا ياخذ من ثمن الهالك شيئا اصلا ويجعل الهالك كان لم يكن وكان العقد
لم يكن الا على القائم فيتحالفان هذا تخريج بعض المشايخ وينصرف الاستثناء عندهم الى التحالف
وقالوا اي قال هؤلاء ان المراد بقوله في الجامع الصغير ياخذ الحي ولا شيء له اي لا ياخذ من
ثمن الهالك شيئا اصلا وقال بعض المشايخ ياخذ من ثمن الهالك بقدر ما اقر به المشتري
وانما لا ياخذ الزيادة وعلى قول هؤلاء ينصرف الاستثناء الى يمين المشتري لا الى التحالف

[illegible]

قال

قال الامام الكشاني رحمه الله ياخذ البائع من حصة الهالك من الثمن ما يقر به المشتري فلا تحليف لان التحالف
انما شرع في حق المشتري لانه كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة واذا ترك البائع دعوى الزيادة واخذ
الحي برضى المشتري فلا حاجة الى استحلاف المشتري وقال المشايخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشتري ومعناه
ان البائع ياخذ الحي منهما صلحا عما يدعيه قبل المشتري من الزيادة فيجعل صلحهما على هذا كصلحهما على
عبد آخر وصار نظير ما في اول باب الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند ابي حنيفة رحمه الله ويكون
القول قول المشتري مع يمينه الا ان ياخذ البائع الحي صلحا ولا ياخذ شيئا آخر فلا تحليف قوله والصحيح
ان يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع وقال بعضهم يقسم الثمن على قيمة العبدين
فيما يخص العبد الحي الف مثلا على زعم البائع وخمسمائة على زعم المشتري يحلف المشتري بالله ما
اشتريته بالف ويحلف البائع بالله ما بعته بخمسمائة كما يدعيه المشتري واذا حلفا يفسخ العقد في
الحي ثم يحلف المشتري على حصة الهالك فان نكل لزمه ما ادعاه البائع وان حلف لزمه ما
اقر به دون الزيادة والصحيح انهما يتحالفان على جملة الثمن لان من اشترى شيئين بالف درهم
نصف في يمينه ما اشتراه احدهما بالف وكذا البائع على هذا فلا يحصل ما هو المقصود من
اليمين وهو النكول قوله ويعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض وذكر في النهاية فان قيل لما
ذا يعتبر قيمتهما يوم القبض دون يوم العقد في حق انقسام الثمن وعلى مسائل الزيادات كان
ينبغي ان يعتبر قيمتهما يوم العقد كما قال محمد رحمه الله يعتبر قيمة الام يوم العقد وقيمة الزيادة
يوم الزيادة وقيمة الولد يوم القبض لان الام صارت مقصودة بالعقد والزيادة بالزيادة
والولد بالقبض وكل واحد من العبدين هاهنا صار مقصودا بالعقد فوجب اعتبار قيمتهما يوم
العقد لا يوم القبض قال الامام ظهير الدين رحمه الله صاحب الفوائد هذا اشكال هائل اوردته
على كل نحرير فلم يهتد احد الى جوابه ثم قال والذي يخايل لي بعد طول التجشم ان فيما ذكر من المسائل
لم يتحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد فيجب اعتبار قيمته يوم العقد وفيما نحن بصدده
تحقق ما يوجب الفسخ فيما صار مقصودا بالعقد وهو التحالف اما في الحي منهما فظاهر وكذلك في
الميت منهما لانه ان تعذر الفسخ في الهالك لمكان الهلاك لم يتعذر اعتبار ما هو من لوازم
الفسخ في الهالك وهو اعتبار قيمته يوم القبض لان الهالك مضمون بالقيمة يوم القبض على
تقدير الفسخ كما هو مذهب محمد رحمه الله حتى ما لم يضمن المشتري قيمة الهالك على تقدير التحالف
فيجب اعمال التحالف في اعتبار قيمة الهالك يوم القبض فلهذا يعتبر قيمتهما يوم القبض وفي بعض
الفوائد ثم في الكتاب اعتبر قيمتهما في الانقسام يوم القبض لانه بيع بلا ثمن او ثمن مجهول
والبيع الفاسد كالغصب من حيث ان كل واحد منهما مضمون بالقبض قوله وان اقاما البينة
فبينة البائع اولى لانها اكثر اثباتا ظاهرا لاثباتها الزيادة في قيمة الهالك فان قيل المشتري
يدعي زيادة في قيمة القائم فوجب ان يقبل بينته لاثبات الزيادة قلنا الذي وقع الاختلاف فيه

Copyright © King Saud University

بصدق قيمة الهالك والاختلاف في قيمة القائم يثبت تبعا للاختلاف في قيمة الهالك وبينة البائع
ثابتة على ما وقع فيه الاختلاف وهذا لانه احق بالاعتبار والفقه فيه ان في البينات يعتبر
الظ لان الشهود لا يشهدون الا على الظ فاعتبر ذلك في حقهم والبائع يدعي ظاهرا فلهذا
تقبل بينته ثم صارت بينته اولى لان بينته تثبت زيادة في ذمة المشتري وفي الايمان يعتبر الحقيقة
لانها تتوجه على احد العاقدين وهما يعرفان حقيقة الحال فيبنى الامر على الحقيقة والبائع منكر
حقيقة الحال فكان القول قوله مع اليمين **قوله** وهذا يبين لك معنى ما ذكرنا من قول ابي يوسف
ره ان هذا هو الفقه في ان جعل ابو يوسف ره القول قول البائع في قيمة الهالك والبينة
بينته ايضا فيما اذا اختلفا في قيمة الهالك بعد التحالف عنده **قوله** لانه ورد في البيع المطلق اي
في البيع المطلق اي في البيع من كل وجه والاقالة فسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق الثالث
فلا يكون النص الوارد في البيع المطلق واردا فيه واما اشتباه بالقياس لان المسلم فيه
قبل القبض اي قبل قبض البائع المبيع بعد الاقالة **قوله** ولهذا يعتبر الاجارة ايضاح لقوله
واما اشتباه بالقياس يعني اذا اختلف المؤجر والمستاجر قبل استيفاء المعقود عليه في الاجرة
والقيمة على العين اذ فيما اذا استهلك المشتري يستهلك على خيار المعقول وههنا عبارة اخرى
وهي فيما اذا استهلكه في يد البائع غير المشتري قيل هكذا كانت على حاشية نسخة مولانا
نسخة المصرح وفي المبسوط اذا قتل المبيع قبل القبض فالقيمة هناك واجبة على القاتل
وهي قائمة مقام العين في امكان فسخ العقد عليها لان القيمة الواجبة قبل القبض لما ورد
عليها القبض المستحق كانت في حكم المعقود عليه **قوله** لانه ورد النص معلولا بعد القبض اي
ورد على السل اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا معلولا بوجود الانكار من كل واحد من
المتبايعين لان كل واحد منهما يدعي عقدا ينكره صاحبه لان البيع بالف غير البيع بالفين
فلذلك يحلف كل واحد منهما على دعوى صاحبه لوجود الانكار منهما جميعا وهذا المعنى لا يتفاوت
بين ان يكون المبيع في يد البائع او عينه ثم وقع الاختلاف او في يد المشتري ثم وقع الاختلاف
ولما كان النص هنا معلولا تعدى حكمه من البيع الى الاقالة وان كان بعد قبض البائع
المبيع بعد الاقالة **قوله** لانه اسقاط فلا يعود السلم لان المعقود عليه في السلم قد سقط
بالاقالة والتحالف شرع للفسخ وفسخ الاقالة في السلم لا يتصور لاستحالة عود المعقود
عليه في ذمة المسلم اليه ولو انفسخ الاقالة كان حكمها عود المسلم فيه بعدما سقط والساقط
لا يعود ولو تصور لا يعود راس المال لانه دين واما المعقود عليه بعد الاقالة في البيع
باق لانه عين فيكون التحالف مفيد الحكم وهو الفسخ الا ترى ان راس المال لو كان عرضا
بان اسلم ثوبا في كر حنطة فرده بالعيب بعد قبضه والمراد من الرد ههنا اختيار الرد
البيع بالتراضي او حكم القاضي يعني اختار الرد بعد السلم وهلك الثوب قبل التسليم ثم

السلم

1/130

السلم لما ان المعقود عليه قد سقط وبمثله لو اشترى عرضا ورده بالعيب ثم لم يسلم الى البائع حتى هلك
فانه عاد البيع وفي الفوائد فرق بينهما بوجه آخر وهو ان الاقالة في باب السلم قبل قبض
المسلم فيه فسخ من كل وجه لانه لا يمكن ان يعتبر بيعا جديدا لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه كما في
بيع العين اذا تقايلا قبل قبض المبيع والثمن مدفوع الى البائع ثم اختلفا في مقدار الثمن لا
يتحالفان ويكون القول قول البائع مع يمينه لان الاقالة في هذه الحالة فسخ في كل وجه والتحالف
عرفت شرعيته في العقود دون الفسوخ والاقالة في بيع العين بعد القبض اعتبرت فسخا فيما
بين المتعاقدين واعتبرت بيعا جديدا في حق التحالف وكذا في باب السلم لو حصلت الاقالة بعد
قبض المسلم فيه وهو قائم امكن اعتبارها بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين فيتحالفان ايضا
تابع ثم الاقالة بعد قبض المبيع في بيع العين انما اعتبرت بيعا جديدا في حق غير المتعاقدين
واما في حقهما اعتبرت فسخا الا ترى ان القبض لما كان من حقهما اعتبرت الاقالة في حق القبض
فسخا فيما بينهما حتى ان البائع لو باع العين المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جاز
ولو باع من غيره لم يجز والتحالف من حقهما بل اليهما لو تركا حق القبض فسخا فيما بينهما في حق
التحالف وجب ان لا يتحالفا لما ذكرنا ان التحالف قد عرفت شرعيته في العقود لا في الفسوخ
الا انه لو الفسخ لو حصل بخيار الرؤية او بخيار الشرط او بالرد بالعيب بالقضاء بعد القبض
والثمن منقود ثم اختلفا في مقداره لم يتحالفا قبل الاقالة بعد القبض فسخ فيما بينهما فيما
كان من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة كما قلنا في القبض فانه من حقوق البيع لانه وجب
بالبيع لا تامه والتحالف وان كان حقهما وليس من حقوق العقد الذي وقعت الاقالة عنه
فيعتبر بيعا جديدا في حقه كما في حق الثالث فلا يعتبر فسخا كما في الاجل فان من له على آخر دين
مؤجل فاشترى به عبدا ثم تقايلا العقد لا يعود الاجل لانه ليس من حقوق العقد الذي وقعت
الاقالة عنه بخلاف ما اذا كان بخيار الشرط والرؤية لانه تعذر اعتباره بيعا في حق الثالث لانعدام
الرضا وكذا اذا كان الرد بالعيب بالقضاء **قوله** معناه اذا كان مهر مثلها اقل مما ادعته اما
اذا كان مهر مثلها مثل ما ادعته المراة او اكثر مما ادعته فبينة الزوج اولى لان بينة الزوج تثبت
الحط وبينة المراة لا تثبت شيئا لان ما ادعته ثابت بشهادة مهر المثل **قوله** ولكن يحكم
مهر المثل [illegible] ولا يفسخ النكاح **قوله** ولهذا يقدم التحالف في الوجوه كلها اي
فيما اذا كان مهر المثل مثل ما اعترف به الزوج واقل منه او مثل ما ادعته المراة او اكثر مما
ادعته او اكثر مما اعترف به الزوج او اقل مما ادعته المراة ففي هذه الوجوه الخمسة كلها يقدم التحالف
على ابي الحسن الكرخي ره لانهما اتفقا على اصل التسمية وكانت التسمية الصحيحة في اصلها التسمية
الصحيحة تمنع المصير الى مهر المثل واذا اختلفا تعذر العمل بالتسمية فصارت التسمية كان
لم يكن فيحكم مهر المثل وهذا قول ابي الحسن الكرخي ره **قوله** تحكيما لا كما في النكول لان اول

Copyright © King Saud University

التسميتين وجه

التسليمين عليه فكان اول اليمينين عليه **قوله** وتخريج الرازي بخلافه فانه يقول لا يتحالفان الا في
واحد وهو ما اذا لم يكن مهر المثل شاهدا لاحدهما بان يكون اكثر مما اقر به الزوج واقل مما ادعته
واما اذا كان مهر المثل مثل ما يقول الزوج او اكثر فالقول قوله مع يمينه وان كان مثل ما تقوله
المرأة او اكثر فالقول قولها مع يمينها وهذا هو الاصح لان الحكم مهر المثل هنا ليس للايجاب
مهر المثل بل لمعرفة من يشهد له الظاهر الاصل في الدعاوى ان يكون القول قول من يشهد له
الظاهر مع يمينه **فان قيل** يشكل على هذا المتبايعان فانهما اذا اختلفا في الثمن وقيمة المبيع مثل
ما يدعيه احدهما لا يعتبر قوله وان كان الظاهر شاهدا له **قلنا** العقد هناك بما يدعيه احدهما
غير ممكن وان كانت القيمة مطابقة لما يدعيه احدهما لا يمكن اثباتها بمطلق العقد ومهر
المثل يمكن اثباته بمطلق وهذا هو الفرق بينهما **قوله** وذكرنا خلاف ابي يوسف رح
فعنده القول قول الزوج في جميع ذلك قبل الطلاق وبعده ولا يحكم مهر المثل لان المرأة
تدعي الزيادة والزوج ينكر فكان القول قول المنكر كما في سائر الدعاوى وانما عرفنا التحالف
في البيع ورد ما دليل الا المال نصا بخلاف القياس فلا يتعدى الى غيره فكان القول قول
الزوج مع يمينه الا ان يأتي بشيء يسير يستنكر جدا وفي تفسير ذلك روايتان عن ابي يوسف رح
على ما مر في النكاح **قوله** معناه اختلفا في البدل اي في الاجرة او في المبدل اي في المعقود
عليه وهو المنافع فان ادعى المؤاجر انه اجره شهرا وادعى المستأجر انه استأجره شهرين
قوله على ما مر اشارة الى ما قال في اول هذا الباب لان البائع يدعي زيادة الثمن والمشتري
ينكره **قوله** ويتبين انه لا عقد فيظهر انه لا عقد في حق المنفعة واذا كان كذلك كان المبيع للبيعة
غير قائم ولا التحالف عند ذلك معارضة فامتنع التحالف فالقول للمستأجر مع يمينه لانه هو المستحق
عليه وان الفسخ للاجر لانه لو تحالفا هنا انتفى العقد بالتحالف فلا يمكن ايجاب شيء
للاجر **قوله** وهو سالم للعبد اي البدل مقابل بفك الحجر في حق اليد والتصرف في الحال وهو
سالم للعبد لاتفاق المولى والمكاتب على ثبوت الكتابة فلا يدعي على المولى شيئا فلا يكون
المولى منكرا وانما ينقلب البدل مقابلا بالعتق عند الاداء فقبله لا يكون مقابلا فلا
يتحالفان لانه لا يكون بلا انكار فكان هذا نظير اجارة الدار حيث جعلنا رقبة الدار في
ابتداء العقد في الاجارة اصلا ثم ينتقل منها الى المنفعة فكذا في الكتابة جعلنا الفك في
حق اليد والتصرف اصلا في ابتداء العقد ثم عند الاداء يجعل العتق اصلا واستقل من
فك الحجر الى العتق **قوله** وان اقاما البينة فالبينة بينة المولى لانه تثبت الزيادة ببينته الا
اذا ادى مقدار ما اقام البينة عليه يعتق لانه تثبت الحرية ببينته [illegible] عند اداء هذا القدر
توجب قبول بينته على ذلك فتقبل بالكتابة على الف درهم على انه متى ادى خمسمائة عتق
وهذا لانه لا تنافي [illegible] يكون عليه بدل الكتابة ما يستحق يعتق وبدل الكتابة عليه [illegible] **قوله**

[illegible] بدل الكتابة [illegible] ثم يعتق [illegible] الكتابة عليه [illegible]

فما صلح

١٣١

فما صلح للرجال كالعمامة والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب فهو للرجل لان القول
فيها قول الزوج مع اليمين الا اذا كانت المرأة تبيع ثياب الرجال وما يصلح للنساء كالخمار والدرع
والملحفة والحلي فهو للمرأة اي القول قولها فيها بشهادة الظاهر الا اذا كان صانعا او يبيع ثياب
النساء وما يصلح لهما كالفراش والامتعة والاواني والرقيق والمنزل والعقار والمواشي والنقود
فالقول للزوج فيه لان المرأة وما في يدها في يد الزوج فكان الاشكال كلها في يد
الزوج **قوله** لانه يعارضه ظاهر اقوى منه وهو يد الاستعمال فجعلنا القول قولها كرجلين
آخذ اختلفا في ثوب لاحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فان اللابس اولى **قوله** وقال ابو يوسف
رح يدفع الى المرأة ما يجهز به مثلها اي من المشكل **قوله** ثم في الباقي فيما يصلح للرجال وفيما
أي على ولم يجهز مثلها لانها يعتبر ظاهر الزوج فيعتبر لقوة يده لانه قوام عليها والطلاق في
الموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رح ما كان للرجال فهو للرجل وما كان
للنساء فهو للمرأة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي حنيفة رح وهو قوله
لان المرأة وما في يدها في يد الزوج اه **قوله** والطلاق والموت سواء لقيام الوارث
مقام المورث فالحاصل انه لا خلاف فيما لا يصلح للرجال انه للرجل في الطلاق ولوارثه
بعد الموت وكذا ما يصلح لهما واما فيما يصلح لها الاختلاف بين ابي حنيفة ومحمد رح انه للزوج في
الطلاق وبعد موت الزوج عند ابي حنيفة رح للمرأة وعند محمد رح لوارث الزوج وعند
ابي يوسف رح ما يجهز مثلها للمرأة والباقي للزوج في حيوته وبعد وفاته لوارثه وكذا
بعد عدتها ما يجهز مثلها من المشكل لوارثها وفي هذه المسئلة سبعة اقوال اما اقوال
علمائنا الثلاثة فما ذكره وقال ابن ابي ليلى ما يصلح للرجال والنساء فهو للزوج ان كان حيا ولورثته
ان كان ميتا وعلى قول ابن شبرمة المتاع كله للرجال الا ما على المرأة من ثيابها وقال زفر رح
المتاع كله نصفان بينهما اذا لم يقم لواحد منهما بينة وهو قول مالك واحد قولي الشافعي
وفي قول آخر المشكل بينهما نصفان وعلى قول الحسن البصري ان كان البيت بيت المرأة
فالمتاع كله لها الا ما على الزوج من ثياب بدنه وان كان البيت بيت الزوج فالمتاع كله له **قوله**
وان كان احدهما مملوكا اي سواء كان محجورا او مأذونا فالمتاع للحر في حال الحيوة عند
ابي حنيفة رح لان يد الحر اقوى لانها يد ملك ويد المملوك ليست بيد ملك والحي بعد الممات
حرا كان او عبدا لانه لا يد للميت فيثبت يد الحي بلا معارض هكذا وقع في عامة نسخ الجامع
الصغير وذكر شمس الائمة رح في جامع الصغير وقع في بعض النسخ للحي منهما وهو سهو وفي
رواية محمد رح والزعفراني الحر منهما بالواو وقال المكاتب والمأذون كالحر لان لهما
يدا معتبرة في الخصومة حتى لو اختصم الحر والمكاتب في شيء هو في ايديهما قضي به بينهما
لاستوائهما بخلاف ما لو كان محجورا فانه يقضي به للحر لانه لا يد له مع الحر ووجود يدهما

Copyright © King Saud University

لجواب ابي حنيفة رح في المطلق المملوك **باب** فيمن لا يكون خصما **قوله** اودعنيه وكذا اذا قال
اعارنيه او وكلني بحفظها او اجرنيه **قوله** وقال ابن شبرمة رح لا تندفع الخصومة لانه تعذر
اثبات الملك للغير لعدم الخصم وهو ليس بخصم في اثباته لانه لا ولاية له على الغير وفي
ادخال شيء في ملكه بغير رضاه ثم خروجه من الخصومة في ضمن اثبات الملك للغير واذا لم
يثبت ما هو الاصل لا يثبت ما في ضمنه كالوصية بالمحاباة يثبت في ضمن البيع فيبطلان البيع
يبطل الوصية وقال ابن ابي ليلى رح يخرج من خصومته بمجرد قوله بغير بينة لانه لا تهمة فيما يقر على
نفسه فيثبت ما اقر بمجرد الاقرار وبيان ان يده يد حفظ **قوله** كما بينا من قبل اي في باب
الوكالة بالخصومة **قوله** كما اذا ادعى تحول الدين اي الحوالة فصار كما اذا اقام البينة انه
احال بالدين على آخر كذا في شرح الاقطع وقال ابو يوسف رح ان كان الرجل معروفا بالحيل
لا تندفع عنه الخصومة **قوله** ولو قال الشهود اودعنيه رجل لا نعرفه اي لا نعرفه اصلا
لا بوجهه ولا باسمه ونسبه ولو قالوا نعرفه بوجهه لا باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة
عند محمد رح وعند ابي حنيفة رح تندفع وهذه المسئلة مخمسة كتاب الدعوى فان المخمسة
من العلماء فيها خمسة اقوال كما ذكرنا وهي خمس مسائل وهي ما اذا قال هذا الشيء لفلان الغائب عندي
وديعة او عارية او اجارة او رهنا او غصبا **قوله** لانه انما صار خصما بدعوى الفعل
عليه وهو الغصب لا بيده لانه على دعوى الغصب كما يصح على ذي اليد يصح على غيره
حتى ان من ادعى على آخر انه غصب عبده وليس في يده صحت دعواه ويلزمه القيمة
قوله الا انه لم يعينه درءا للحد لانا اذا جعلناه سارقا لا تندفع الخصومة عنه ويقضي القاضي
بالعين للمدعي فمتى ظهر السارق بعد ذلك يتيقن لا يقطع يده لانه ظهرت سرقته بعد
وصول المسروق الى المالك ولو لم يجعله سارقا تندفع الخصومة عنه ولا يقضي بالعين
للمدعي حتى لو ظهر السارق بعد ذلك يتيقن يقطع يده لانه ظهرت سرقته قبل ان يصل
العين الى المالك فكان في جعله سارقا احياء للقطع ولم يتعلق به عقوبة سوى
الضمان **باب** ما يدعيه الرجلان **قوله** واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما
يزعم انها له واقاما البينة قضي بها بينهما انما وضع المسئلة في دعوى ملك العين لانهما
لو تنازعا في نكاح امراة واحدة واقام كل واحد منهما بينة انها امرأته لم يقض لواحد منهما
بالاتفاق في دعوى الخارجين لان الدعوى لو كانت بين الخارج وصاحب اليد واقاما
بينة فبينة الخارج اولى وفي احد قولي الشافعي رح تهاترت البينتان ويكون المدعى
لذي اليد تركا في يده وهو قضاء ملك وفي القول الآخر ترجح بينة ذي اليد فيقضى
له لانه قضاء ملك وفي الملك المطلق ان في المقيد بالسبب الحادث او بالتاريخ تفصيلا
وخلافا كما سيجيء ان شاء الله تعالى وقال الشافعي رح تهاترت البينتان اي تساقطت فبطلت ما خوذ

من الهذر

من الهذر بكسر الهاء وهو السقط من الكلام والخطأ فيه كذا في المغرب وقال مالك رح يقضي
باعدل البينتين وعند الاوزاعي يقضى باكثرهما عددا في الشهود **قوله** وقد تعذر التمييز بينهما
لقربان كما لو شهد شاهدان انه طلق امرأته يوم النحر بمكة وآخران انه اعتق عبده بالكوفة
في ذلك اليوم وهذا لان تهمة الكذب يمنع العمل بالشهادة فاليقين اولى واستدل لطلب النكاح
لو تنازع اثنان في امراة واقام كل واحد منهما البينة انها امرأته لم يقض القاضي لواحد منهما
قوله او يصار الى القرعة استدل بحديث سعيد بن المسيب ان الرجلين تنازعا في امة بين
يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم واقام كل واحد منهما البينة انها امته فاقرع رسول الله صلى
الله عليه وسلم فقال اللهم انت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته **قوله** و
حديث القرعة كان في الابتداء كان استعمال القرعة في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ ذلك
بحرمة القمار لان تعيين المستحق بالخروج بمنزلة الاستحقاق ابتداء وكما ان تعليق الاستحقاق
بخروج القرعة يكون قمارا فكذلك تعيين المستحق بخروج القرعة يكون قمارا ايضا بخلاف
قسمة المال المشترك فللقاضي هناك ولاية التعيين من غير قرعة وانما يقرع تطييبا للقلوب
ونفيا لتهمة الميل عن نفسه فلا يكون ذلك في معنى القمار **قوله** بان احدهما سبب الملك
كالشراء وما اشبهه والآخر اليد فصحت الشهادتان فان صحتا دار الشهادة لا تعتمد وجود
الملك حقيقة اذ لا علم للعباد بحقائق الامور وانما يعتمد ظاهر الحال واذا صحت الشهادتان
وامكن العمل بهما لان المحل يقبل الاشتراك يقضى لكل واحد منهما بالنصف فصار هذا على
مثال العلل الشرعية نحو ان باع فضولي مال انسان او باع فضولي آخر من آخر واجاز
المالك البيعين ثبت الملك لكل واحد منهما في النصف كذلك ههنا بخلاف ملك النكاح فانه
لا يحتمل الاشتراك وقوله ان القاضي تيقن بكذب احدهما [illegible] مسئلة مكة
والكوفة على العادات الغالبة التي تبنى عليها الاحكام **قوله** ويرجع الى تصديق المرأة
لاحدهما حكي عن ركن الاسلام علي السغدي رح انه لا تترجح احدى البينتين الا باحدى
معان ثلاث احدها اقرار المرأة الثانية كونها في يد احدهما الثالثة دخول احدهما
بها الا ان يقيم الآخر البينة ان نكاحه اسبق كذا في الخلاصة فلا ينقض ما هو مثله في الظاهر
لانه لا يرفع المثل بالمثل كالقياس فانه لا يرفع المثل بالمثل كالقياس فانه لا يرفع القياس بل جهته
لاتصال القضاء بالاول دون الثاني **قوله** معناه من صاحب اليد وانما قيد به لان كل واحد منهما
لو ادعى الشراء من غير صاحب اليد فهو لا يخ اما ان ادعى الشراء من واحد او اثنين فالحكم على
التفصيل يجي بعد هذا في الكتاب **قوله** وكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف
الثمن **فان قيل** قد يتيقن القاضي بكذب احد الفريقين لان البيعين على دار واحدة من
رجلين كل واحد منهما بكماله لا يتصور في وقت واحد فينبغي ان تبطل البينات **قلنا** الشهود

Copyright © King Saud University

شهدوا بنفس البيع لا بصحته ولم يشهدوا بوقوع البيعين معا لتصور البيعان في وقتين من واحد
بعين واحدة وكل واحد منهما اعتمد سببا مطلقا والشهادة يجب العمل بها بحسب الامكان
وللبيعين يتصور وقوعهما في وقت واحد من وكيل المالك فينفذ عقد الوكيل الى الموكل
معا اذا بان وكل رجلين بان يبيعا داره فباع كل واحد منهما من رجل واحد فانه يجوز وعقد الوكيل
كعقد الموكل فثبت انه لا يستحيل ورود البيعين في زمان واحد من رجل واحد لانه صار مقضيا
عليه فانفسخ البيع فيه فان قيل الفسخ انما يكون لو كان المبيع موجودا قلنا البيع الكائن موجودا
فقط وان لم يكن فلا يتمكن من الاخذ وهذا لان استحقاق كل واحد منهما الكل ثابت نظرا الى حجته
ولهذا لا يظهر في النصف لوجود بينة صاحبه فكان دليل استحقاق الكل قائما فينفسخ نظرا الى
الدليل قوله ومعناه انه في يده اي العبد في يده معاينة في الحال وذكر في الذخيرة ثبوت
اليد لاحد المدعيين بالمعاينة وانما احتاج الى التفسير بهذا لان قوله مع احدهما قبض
يجوز ان يحمل على القبض المشهود به وهو في الحال في يد البائع معاينة فيكون الحكم
هناك على خلاف هذا قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه لان القبض بناء
على العقد الثابت بالبينة ظاهرا حملا لفعل المسلم على الصلاح لا على الغصب وقبضه
اقرب لعقد الاخر لان كل واحد منهما حادث فيحكم بوقوعهما معا فيتقدم عقد صاحب
القبض ضرورة قوله لما بينا اشارة الى قوله لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه و
ذكر الخبازي انه يرجع الى النكتة الاخيرة وهي قوله استويا في الاثبات لانه كما احتمل سبق
التاريخ على شرى ذي اليد احتمل سبق اليد على شراء المورخ فلا ينقض اليد الثابتة بالشك
وان ادعى احدهما شراء والاخر هبة وقبضا معناه من واحد احترز به من ان يكون من
اثنين فانهما سواء فيه ولا اولوية للشراء على الهبة ح على ما يجي بعد هذا في قوله ولو ادعى
احدهما الشراء من رجل والاخر الهبة والقبض من غيره الى ان قال قضى بينهم ارباعا والفرق
هو انهما اذا ادعيا الشراء والهبة من واحد لا يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما فانه ثابت
بتصادقهما وانما الحاجة الى اثبات سبب الملك عليه وقد ثبتت سبب الملك لنفسهما الشرا
اقوى من الهبة لانه عقد ضمان موجب للملك في العوضين والهبة تبرع فكان سبق
ثبوت الملك بالشراء على ثبوت الملك في الهبة انما يتصور فيما اذا كان الملك واحدا
لما ان الشراء موجب الملك بنفسه والهبة لا توجب الملك الا بعد القبض فكان ملك
مدعي الشراء سابقا فكان هو اولى واما اذا ادعيا الشراء والهبة من اثنين وهما
يحتاجان الى اثبات الملك لمن ملكهما وينتصب كل واحد منهما خصما عن مملكه في اثبات الملك
له ثم لنفسه والخصمان في اثبات الملك لهما سواء فيقضى بينهما كما في المسئلة قوله لا ترجيح
بالقبض لو ادعى احدهما الهبة والقبض والاخر الصدقة والقبض واقاما بينة قضى بينهما نصفان

لاستوائهما

لاستوائهما في التبرع والافتقار الى القبض ولا يرجح الصدقة على الهبة باعتبار معنى اللزوم لان اثر
اللزوم يظهر في ابطال حق الرجوع وذلك حكم يظهر في ثاني الحال والترجيح انما يقع لمعنى قائم في
الحال لا لمعنى يرجع الى المال على ان امتناع الرجوع لحصول المقصود بها وهو الثواب لا لقوة السبب فان هذا
لو حصل المقصود بالهبة هنا وهو صلة الرحم لم يرجع فيها ايضا قوله لان الشيوع طارئ لان كل واحد
منهما اثبت قبضه في الكل الا انه لم يسلم له البعض لمزاحمة صاحبه وهذه المزاحمة بعد القبض فكان
الشيوع طارئا وفي المبسوط ولو ادعى رجل هبة مقبوضة وادعى الاخر صدقة مقبوضة واقاما
البينة فان وقت احدى البينتين ولم توقت الاخرى قضيت بها لصاحب الوقت لان كل واحد
منهما اثبت سبب ملك حادث والحادث يضاف الى اقرب الاوقات وقد اثبت احدهما تاريخا
سابقا بالتوقيت فيقضى بها وان كان في يد من لم يوقت شهوده قضيت بها له لان قبضه دليل سبق
عقده وهو دليل معاين والتوقيت في حق الاخر مخبر به وليس الخبر كالمعاينة الا ان يقيم الاخر
بينة انه الاول فح يكون هو اولى لاثباته الملك في وقت لا ينازعه الاخر فيه وان لم يكن هناك
تاريخ ولا قبض معاين لاحدهما فيما لا ينقسم يقضى بينهما نصفان لاستوائهما في سبب
الاستحقاق وفيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها بطلت البينتان جميعا اذا لم يكن فيهما تاريخ
لاحدهما ولا قبض او تاريخ لانا لو عملنا بهما في سبب الاستحقاق وفيما يحتمل قضينا لكل واحد منهما
بالنصف لان كل واحد منهما اثبت قبضه في الكل ثم الشيوع بعد ذلك طارئ وذلك لا يمنع
صحة الهبة والصدقة والاصح ان المذكور في الكتاب قولهم جميعا لانا لو قضينا لكل واحد
منهما بالنصف فانما نقضي بالعقد الذي شهد شهوده وعندنا باختلاف العقدين لا يجوز
الهبة لرجلين عندهم وانما يثبت الملك بقضاء القاضي ويمكن الشيوع في الملك
المستفاد بالهبة مانع صحتها قوله لا يستويان في القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت
الملك بنفسه فان قيل الشراء مبادلة المال بالمال فيوجب الضمان في العوضين والنكاح
مبادلة مال بما ليس بمال لعين يوجب الضمان في المنكوحة فكان الشراء اقوى قلنا النكاح
اقوى لان الملك في الصداق يثبت بنفس العقد متاكدا حتى لا يبطل بالهلاك قبل التسليم
بخلاف الملك في المشترى ويجوز التصرف في الصداق قبل القبض بخلاف المشترى وفيما قال
محمد اثبات تاريخ لم يشهد به الشهود والتاريخ بين العقدين لا يثبت الا بالحجة ولا يكون
علمه بالبيان ايضا لان المقصود من ذكر السبب ملك العين والنكاح اذا تاخر يوجب ملك
المسمى كما اذا تاخر الشراء وهما سواء في حق ملك العين قوله وفي القياس الهبة اولى لانها
يثبت الملك الا ان الهبة تثبت ملك العين والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة لملك العين
اكثر اثباتا فكان اولى قوله وعقد الضمان اولى وهنا لانه يثبت البدلين الرهن و
الدين والهبة لا يثبت الا بدلا واحدا فكان اكثر اثباتا فصار كالشراء مع الهبة قوله و

ادعيا الشراء من واحد معناه من غير صاحب اليد كانه لقوله معناه من غير صاحب اليد كيلا
يلزم التكرار لانه قال اولا ولو ادعى اثنان كل واحد منهما انه اشترى منه هذا العبد معناه من صاحب
اليد من باب الاحكام وذكر من جملتها هذا الحكم المذكور هنا فثبت بذلك انه لا فرق بين ان ادعيا
الشراء من صاحب اليد او من غيره في هذا الحكم **قوله** وقد ذكرنا ان تاريخهما سواء اي سواء كان تاريخهما
واحدا او كان احدهما اسبق تاريخا منهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعيهما فلا تاريخ لملك البائعين نصير
كانهما حضرا واقاما البينة على الملك بدون التاريخ كان الملك بينهما فكذا من تلقى الملك منهما خلافا
لما اذا ادعيا الشراء من واحد معين لانهما اتفقا ان الملك كان له وانما يختلفان في التلقي منه واسبقهما
تاريخا اثبت التلقي منه **قوله** يخير كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل وهو قوله وكل واحد منهما
بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك **قوله** لان البينتين قامتا على
مطلق الملك فلم يتعرضا لجهة الملك فصار كانهما اذا قامت البينتان على شراء من رجل واحدهما
اسبق تاريخا من الاخرى فالاسبق اولى بعبارة واحدة فيما اذا كان البائع واحدا وفيما اذا
كان البائع اثنين اختلفت روايات الكتب مما ذكر في الهداية يشير الى انه لا عبرة لسبق التاريخ
وفي المبسوط مما ذكر في الهداية يشير الى انه لا عبرة لسبق التاريخ وفي المبسوط ما يدل على ان
سبق التاريخ يعتبر اولى في ذلك البيع فقد ذكر فيه ولو ادعيا الملك بالشراء كل واحد منهما من
رجل او من واحد وارخا واحدهما اسبق تاريخا كان صاحب الاسبق لتاريخين اولى **قوله**
متضمنة معنى الدفع وهذا لان الملك اذا ثبت في وقت يتمحض بثبوته لغيره بعده الا بالتلقي
منه فصارت بينة ذي اليد بذكر التاريخ متضمنة دفع بينة الخارج على معنى انها لا تصح الا
بعد اثبات التلقي منه من قبله وبينة على الدفع مقبولة كبينة المراة والعبد والامة بالطلاق
والعتاق على الوكيل بنقلهم لعقر يد الوكيل عنهم وكان يدعي اليد دلت على الملك ولكن لا
تدل على سبق التاريخ فوجب قبول بينته على التاريخ كما وجب قبول بينته على النتاج لانه انما
وجب قبول بينته على النتاج لكون تاريخه اسبق فكذا هنا **قوله** وعلى هذا الخلاف لو كان الدار
في ايديهما اذا كان الدار في ايديهما فتعذر ها الدار لصاحب الوقت الاقدم وعند محمد رحمه الله يبطل
التقدم ويكون الدار بينهما لان كل واحد منهما خارج وذو اليد معا في حق ذو اليد وفيما
في يد صاحبه خارج فياخذ كل واحد منهما ما في يد صاحبه **قوله** والمعنى ما بينا وهو ما ذكر من
الدليل في الطرفين **قوله** لانه اقدم لانه اثبت لنفسه الملك في ذلك الوقت بيقين ولم يوقت
بينة الحال وفي ثبوته في وقت تاريخ صاحبه شك فلا يعارضه **قوله** فصار كما في دعوى
الشراء اذا ارخت احديهما يعني اذا ادعيا الشراء من بائع واحد وارخ احدهما دون الاخر
فانه يقضى للمورخ واما اذا ادعيا الشراء من بائعين ووقتت احدهما دون الاخر فيقضى
بينهما نصفين **قوله** ولهما ان بينة ذي اليد انما تقبل لتضمنه معنى الدفع اي دفع بينة الخارج

على معنى انها لا تصح الا بعد اثبات التلقي من قبله وبينة على الدفع مقبولة كبينة المراة والعبد
هنا وقع الاحتمال في معنى الدفع لوقوع الشك في وجوب التلقي من جهته لجواز ان يكون شهود
الخارج لو وقتوا لكان اقدم فاذا وقع الشك في تضمنه معنى الدفع فلا يقبل مع الشك والاحتمال
قوله ولو كانت في يد ثالث والمسئلة بحالها اي وقتت بينة احد الخارجين في الملك المطلق دون
اخرى قيل استحقاق الزوائد اي المتصلة والمنفصلة كالاولاد والاكساب **قوله** بخلاف
احتمال عدم التقدم اي مزاحمه وهذا لان الذي لم يورخ كما احتمل ان يكون متاخرا عنه احتمل
ان يكون سابقا على تاريخ صاحبه او لان التاريخ ان تقتضي السبق لفظا من حيث اقتضاء دلالة
لفظ الدعوى على الحال فعدم التاريخ له دلالة السبق بحسب المعنى كما قال المحدث واذا
وقع التعارض بين الاحتمالين سقط احتمال التعارض فصار كانهم لم يوقتا واما البينة على الملك
المطلق اعلم ان الرجلين اذا ادعيا عينا او برهنا فلا يخلو اما ان يدعيا ملكا مطلقا او
شراء وارثا وكل قسم ثلثة اقسام لانه اما ان يكون المدعى في يد ثالث او في ايديهما او في احدها
وكل وجه على اربعة اقسام لانه اما ان لا يورخا او ارخا تاريخا واحدا او ارخا وتاريخ احدهما
اسبق او ارخ احدهما دون الاخر وجملة ذلك ستة وثلثون فصلا وقد عرف ذلك في
موضعه **قوله** وان اقام الخارج وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد اولى
قبل القضاء بها للخارج او بعده وهذا جواب الاستحسان وفي القياس الخارج اولى وبه اخذ
ابن ابي ليلى وجهه ان بينة الخارج اكثر استحقاقا او لبينة الملك بالنتاج بينة استحقاق
الملك الثابت لذي اليد بظاهر يده وذو اليد بينة الخارج اولى بالقبول كما في دعوى الملك
المطلق فوجه الاستحسان ما رواه ابو حنيفة رحمه عن الهيثم عن رجل عن جابر بن عبد الله
رضي الله عنه ان رجلا ادعى ناقة في يدي رجل واقام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها
ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي في يده ولان يد ذي اليد لا تدل
على اولية الملك فهو يثبت بينة الا ما هو ثابت له بظاهر يده ثم ان تلك ان ذي اليد لو اقام
البينة على دعوى النتاج بعد ما قضى للخارج يقبل بينته لان الخارج ببينته لم يستحق على ذي
اليد شيئا بصيرفا اليد مقضيا عليه فيسمع بينته كما يسمع بينة اجنبي اخر وفي دعوى الملك
المطلق لو تفرد الخارج باقامة البينة وقضى له ثم اقام صاحب اليد بينة انه لا يسمع بينته
لان الخارج ببينته استحق على ذي اليد الملك الثابت له بظاهر يده فصار ذو اليد مقضيا
عليه فلا يسمع بينته بعد القضاء اما قوله ان بينة الخارج اكثر استحقاقا قلنا نعم كذلك
الا ان في بينة ذي اليد سبق التاريخ لانها تثبت اولية الملك على وجه لا يحتمل التلقي من
جهة الغير فكان اولى الا ترى انهما لو ادعيا ملكا مطلقا وارخا وذو اليد اسبقهما تاريخا
يقضى لذي اليد وان كان في بينة الخارج زيادة استحقاق على ذي اليد قال شيخ الاسلام

الخارج وذي اليد
ولو ادعى كل واحد منهما
الميراث من آخر فالخارج اولى
علامة الشراء ولو ادعى صاحب
اليد الارث عن ابيه وادعى
الخارج مثل ذلك واقاما بينة
يقضى للخارج ولو ارخا تاريخا
احدهما اسبق يقضى بالاسبق
الا سبق ولو شا ... وقتا
فهو للخارج ... قاضيخان
الطحاوي ١٢٠

Copyright © King Saud University

الحاصل ان بينة ذي اليد انما تترجح على بينة الخارج على النتاج اذا ادعى الخارج الملك المطلق
اذا لم يدع الخارج فعلا على ذي اليد نحو الغصب او الوديعة او الاجارة او الرهن او ما
اشبه ذلك واما اذا ادعى الخارج فعلا مع ذلك فبينة الخارج اولى **قوله** وهذا هو الصحيح وجه
الصحة هو ان محمدا رح ذكر في خارجين اقام كل واحد منهما البينة على النتاج انه يقضى بينهما
نصفان ولو كان الطريق ما قاله لكان يترك في يد ذي اليد وكذلك قال ولو كانت الشاة
المذبوحة في يد احدهما او سواقطها في يد الآخر واقام كل واحد منهما البينة على النتاج فيها
نقضي بها وبالسواقط للذي في يده اصل الشاة ولو كان الطريق تهاتر البينتين لكان يترك
في يد كل واحد منهما ما في يده **قوله** خلافا لما يقوله عيسى بن ابان رح انه تهاترت البينتان و
يترك في يده لا على طريق القضاء وجه قوله ان القاضي تيقن بكذب احدهما اذ لا يتصور نتاج
دابة من دابتين قلنا لا معنى لذلك لان الشهادة على النتاج ليست بمعاينة الانفصال
من الام بل برؤية الفصيل يتبع الناقة وكل واحد من الفريقين اعتمد سببا ظاهرا لاداء
الشهادة يجب العمل بها ولا يصار الى التهاتر بمنزلة شهادة الفريقين على الملكين حيث لا تتهاتر
البينتان مع ان العين الواحدة لا يتصور ان يكون مملوكا لشخصين في زمان واحد لكل واحد
منهما بكماله ولكن لما وجد القاضي لشهادة كل واحد من الفريقين محملا يطلق له اداء
الشهادة بان عاين احد الفريقين احد الخصمين باشر سبب الملك وعاين الفريق الآخر
تصرف فيه تصرف الملاك قبل شهادة الفريقين كذا هنا وثمرة الخلاف انما يظهر في حق
تحليف ذي اليد عنده فعند عيسى بن ابان رح يحلف ذو اليد للخارج لان البينتين لما
تهاترتا صار كان البينتين لم تقوما بالشهادة اصلا فيقضى لذي اليد قضاء ترك بعد
ما حلف الخارج وعندنا لا يحلف **قوله** ولو تلقى كل واحد منهما اي كل واحد من الخارج و
ذي اليد والصحيح عنه رجع الى رجل وكذلك لو اقام البينة على ميراثه او وصيته
او هبة مقبوضة من رجل وادعى ذلك الرجل انه يتلقى الملك من جهة مورثه
او من جهة موصيه فيكون خصما عنه في اثبات نتاجه **قوله** لان الثالث لم يصر مقضيا
عليه بتلك القضية لان التمليك بالنتاج لا يكون استحقاقا لانه يثبت انه من الابتداء
كان ملكا له وهو لا يتكرر فلم يصر الثالث مقضيا عليه في تلك الحادثة **قوله** فتسمع بينته
وكذا المقضي عليه بالملك المطلق اذا اقام البينة على النتاج تقبل صورته ما اذا اقام الخارج
البينة على ذي اليد في دابة معينة بالملك المطلق فقضى القاضي بها له ثم اقام ذو اليد
البينة على النتاج نقضي بها له وينقض القضاء الاول وهذا استحسان وفي القياس لا
تقبل بينته لانه صار مقضيا عليه بالملك فلا يقبل بينته الا ان يدعي تلقي الملك من جهة
المقضي له وجه الاستحسان ان من يقيم البينة على النتاج بينته اولية الملك لنفسه وان

هذا

هذا العين حادثة على ملكه ولا يتصور استحقاق هذا الملك على غيره فلم يصر هو بالبينة مقضيا
عليه وقد تبين باقامة البينة ان القاضي اخطأ في قضائه وان اولية الملك لذي اليد فلهذا
نقض قضاءه بخلاف الملك المطلق **فان قيل** القضاء ببينة الخارج اولى فينبغي ان لا ينقض قضاء
القاضي لمصادفته موضع الاجتهاد **قلنا** انما يكون قضاؤه عن اجتهاد اذا كانت بينة ذي
اليد قائمة عنده وقت القضاء ثم يترجح باجتهاده بينة الخارج عليها وهنا البينة ما كانت قائمة
عنده عند قضائه فلم يكن قضاؤه عن اجتهاد بل كان لعدم ما يدفع البينة من ذي اليد فاذا
اقام دفع حجة الدفع انتقض القضاء الاول **قوله** لانه بمنزلة النص اي اقامة البينة على النتاج
بمنزلة نص ظهر بخلاف الاجتهاد وهذا لانه ظهر انه قضى للمدعي بمطلق الملك مع بينة ذي اليد
انما تحقق عنده والقضاء للمدعي في هذه الحالة باطل فينقض قضاؤه كما لو ظهر بخلافه **قوله**
والمرعزي اذا شددت الزاء قصرت واذا خففت مددت والميم والعين مكسورتان وقد
يقال مرعزا بفتح الميم مخففا وهي كالصوف تحت شعر المعز والخز اسم دابة ثم سمي الثوب المتخذ من
وبره فقيل هو ينسج فاذا بلي يغزل مرة اخرى ثم ينسج **قوله** وجز الصوف بان اختلفا في الصوف
واقام كل واحد منهما البينة انه صوفه جزه من غنمه فانه يقضى به لذي اليد لان الجز لا يكون
الا مرة واحدة ولو كان في معنى النتاج **فان قيل** كيف يكون الجز في معنى النتاج وهو
ليس بسبب لاولية الملك فان الصوف على ظهر الشاة كان مملوكا قبل الجز **قلنا** نعم ولكنه
كان كوصف الشاة ولم يكن مالا مقصودا الا بعد الجز ولهذا لا يجوز بيعه وما صار عينا مال
مقصود **قوله** وما كان يتكرر قضي للخارج بمنزلة الملك المطلق والمعنى فيه ان الثوب الذي ينسج
مرة بعد اخرى يجوز ان يصير لذي اليد بالنسج ثم يغتصبه الخارج وينقضه وينسجه مرة اخرى
فيصير ملكا له بهذا السبب بعد ما كان ملكا لذي اليد فكان بمعنى دعوى الملك المطلق من هذا
الوجه بخلاف الفصل الاول فان الثوب الذي لا ينسج الا مرة اذا صار لذي اليد بنسجه لا يتصور
ان يصير بنسجه لكان في معنى دعوى النتاج **قوله** والبناء والغرس وزراعة الحنطة اما في البناء
بان اقام كل واحد منهما البينة انها داره بناها فانه يقضى بها للخارج لان الشجر يغرس غير مرة
فقد يغرس الشاة له انسان ثم يقلعها غيره ويغرسها فلم يكن في معنى النتاج وكذلك اذا كانت
الدعوى في الحنطة بان اقام كل واحد منهما البينة انها حنطته زرعها في ارضه قضي بها للمدعي
لان الزرع لا يكون غير مرة فان الحنطة قد تزرع في الارض ثم تغربل التراب فتميز الحنطة منها
ثم تزرع ثانيا فلم هذا في معنى النتاج **قوله** وان اشكل يرجع الى اهل الخبرة اي اذا كان
الثوب ونحوه لا يستبان انه ينسج مرة او مرتين سال القاضي اهل العلم عن ذلك بعدل
من العدول منهم ويبني الحكم على قولهم الواحد منهم يكفي والاثنان احوط قال الله تعالى فاسئلوا
الذكر ان كنتم لا تعلمون **قوله** والعمل عند تحري النتاج وهو ما روي ان رجلا ادعى ناقة في

Copyright © King Saud University

يد رجل ما قام البينة انها ناقته نتجها واقام ذو اليد البينة انها ناقته نتجها فقضى رسول الله صلى الله
عليه وسلم فيه لان القبض لا اثر له السبق على ما مر اشار الى قوله وان لم يذكرا تاريخا ومع احدهما
قبض فهو اولى لان تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه **قوله** ولا يعكس الامر ولا يجعل كان الخارج
اشترى ثم باعه لعين من ذي اليد ولانه باعه من ذي اليد لان في ذلك يلزم البيع قبل القبض ولا
يثبت العتق حتى يصح لانه زيادة على ما قامت به البينة **قوله** ولا يجوز **قوله** فصار كانهما قاما على
الاقرارين لان كل واحد منهما اثبت الشراء من صاحبه ولا اقدام على الشراء اقرار منه بالملك
للبايع فكل بايع مقر بثبوت الملك للمشتري فكان هذا بمنزلة ما لو اقام كل واحد منهما البينة على
اقرار صاحبه بالملك ولو كان كذلك تهاترت الاقراران لان الثابت من الاقرارين بالبينة كالثابت
بالمعاينة ولو عاينا اقرارهما معا بطلا فان ما لا يعرف سبق احدهما جعل كانهما وقعا فيه
التهاتر بالاجماع فكذا هنا **قوله** ولان السبب يراد لحكمه فيه جواب عما قال محمد رحمه الله ان العمل بالبينتين
ممكن قلنا لا يمكن لانه لا يمكن القضاء ببينة ذي اليد الا بملك يستحق عليه وانه لا يعمله وانما يعتبر
امكان العمل بالبينتين عند امكان ثبوت موجبهما ولو شهدا الفريقان بالبيع والقبض فكذا
بالاجماع لان الجمع غير ممكن عند محمد رح باعتبار ان بيع كل واحد منهما جائز لوجود البيع بعد
القبض ولسبق البيعين ذكر التاريخ حتى يجعل احدهما سابقا والاخر لاحقا فكذلك ها هنا اذا لم يكن
لم يذكر القبض من حيث يجعل شراء صاحب اليد سابقا وبيعه لاحقا لما لم يكن التاريخ عليه وهو
القبض من اذ لو جعلنا بيع الخارج لاحقا يلزم البيع قبل القبض واما ها هنا لما اشتمل البيع
والقبض لكل واحد منهما كان بيعهما جائزا وليس احدهما اولى من الاخر في العقود فتساقطا
للتعارض فبقي العين على يد صاحب اليد كما كان وما ذكر في الهداية تهاترتا بالاجماع مخالف لما
ذكر في المبسوط وهو ان الشهود اذا لم يشهدوا بالقبض يجعل شراء ذي اليد سابقا وبيعه
متاخرا فيؤمر بتسليمه الى الخارج وان شهدوا بالقبض يجعل شراء الخارج سابقا وبيعه
متاخرا لان قبضه يستحق عيانا والقضاء بقبضه دليل على سبق عقده وقيام قبض الاخر دليل
تاخر عقده ولانا لو جعلنا عقد ذي اليد سابقا كان قبضه قبضا حراما ولو جعلناه عقده
متاخرا كان قبضه حقا فلهذا اثبتنا التاريخ بين العقدين بهذه الصفة ولما عندهما تهاترت
الشهادتان في الصورتين جميعا وذكر في الذخيرة فاما اذا شهدوا بالعقد والقبض فانما
يجعل العقد المعاين اخر القبضين المعاين اخر القبضين لان الاصل ان القبض اذا
ثبت عقيب عقد يحال به عليه ذلك العقد لانه ظهر سببه والحكم متى ثبت عقيب سبب فانما
يحال به على ما ظهر من السبب لا على غيره ولانا لما اثبتنا تقدما في هذه الصورة العقد فنحكم
بتقدم شراء الخارج حتى لا يحتاج الى نقض القبض المعاين بالشك وفي الجامع الكبير مثل
ما ذكر في المبسوط **قوله** وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما

ذكرنا

ذكرنا **قوله** وان اثبتا قبضا يقضي لصاحب البيان بالاجماع **قوله** يقضي للخارج في الوجهين اي سواء شهد
الشهود بالقبض او لم يشهد وان له اقام احد المدعيين شاهدين والاخر اربعة فهما سواء
وعند الاوزاعي يقضي لاكثرهما عددا لان العلم الحاصل بقول الاكثر اميل وعند مالك رح يقضي لاعدل
البينتين لان الشهادة انما صارت حجة بالعدالة والاعدل في كونه حجة اقوى فكان اولى ولنا ان
الترجيح لا يقع بكثرة العلل انما اذا كانت احدى الايتين يحتمل التاويل والاخرى لا يحتمل وكان غير
المحتمل اولى لانها لم يحتمل التاويل كان مفسرا وكونه مفسرا وصف فيه والمفسر راجح على النص
الظاهر وكذلك الشهادتان اذا تعارضتا واحدهما مستورة والاخرى عادلة ترجحت العادلة
بالعدالة لانها صفة الشهادة ولا يترجح بزيادة عدد الشهود لانها ليست بصفة لما هو حجة
من الشهادة بل مثلها وشهادة كل عدد ركن مثل شهادة الاخر لانه لا يكون بعضها صفة لبعض
قوله لصاحب الجميع نصيفه لكل حصته سهمان وفي المغرب قال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث
اي ياخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث **قوله** وهذه المسئلة نظاير واضداد فمن نظايرها الموصي
له بجميع المال وبنصفه عند اجازة الورثة والموصى له بعينين مع الموصى له بنصف تلك العين
اذا لم يكن له مال سواه ومن اضدادها العبد المأذون له المشترك اذا ادان احد المولين
بمائة درهم واجنبي بمائة درهم ثم بيع بمائة درهم فالقسمة بين المولى المأذون والاجنبي عند
ابي حنيفة رح بطريق العول اثلاثا وعندهما بطريق المنازعة ارباعا وكذا المدبر اذا قتل رجلا
خطأ وفقأ عين رجل خطأ وغرم المولى قيمته فالصحيح على ان القسمة فيها بطريق العول
التركة بين الورثة والغرماء اذا ضاقت التركة عن ايفاء حقهم والموصى له بالثلث مع الموصى
له بالسدس اذا لم يجز الورثة ومما اتفقوا على ان القسمة فيها بطريق المنازعة فضولي باع
عبد رجل بجميعه وباع فضولي بنصفه واجاز المولى البيعين فالقسمة بين المشتريين بطريق
المنازعة ارباعا على ما عرف مع اصولها وفروعها في الزيادات **قوله** وان اشكل ذلك
كانت بينهما اي اذا كانا خارجين اما اذا كانت الدعوى بين الخارج وذي اليد في النتاج
اقاما البينة ووقتت البينتان في وقتين اذا كانت سن الدابة على وفق المدعي يقضي بها لان علامة
الصدق ظهرت في شهادة شهود ذي اليد واما اذا كانت سن الدابة على وفق المدعي
بينة ذي اليد او كانت مشكلة يقضي بها لذي اليد اما الظهور علامة الصدق في شهوده
او سقوط اعتبار التوقيت اذا كانت مشكلة ولم يذكر فيما اذا كانت سن الدابة
بين الوقتين الذين ذكرهما بين الخارج وذي اليد وذكر في الذخيرة وفي عامة
المشايخ على انه تهاترت البينتان ويترك الدابة في يد صاحب اليد **قوله** وان خالف
سن الدابة الوقتين اي في دعوى الخارجين بطلت البينتان هكذا ذكره الحاكم هكذا
ذكر في الجواب في الايضاح وذكر في المبسوط من مشايخنا من اجاب بهذا ثم قال والاصح

Copyright © King Saud University

ما قال محمد رح وهو انيكون الدابة بينهما في الفصلين يعني بينهما اذا كانت سن الدابة مشكلا وبينهما
اذا كانت على غير الوقتين في دعوى الخارجين اما اذا كانت مشكلا فلا شك فيه وكذلك
اذا كانت على غير الوقتين لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما في هذا الموضع في اعتباره ابطال حقهما
فسقط اعتبار ذكر الوقت اصلا وينظر الى مقصودهما وهو اثبات الملك في الدابة وقد استويا
في ذلك فوجب القضاء بينهما نصفين **قوله** فهو بينهما لاستوايهما لان المودع لما جحد الوديعة
صار كالغاصب في التنازع في الاثبت بخلاف ما اذا كانا راكبين في السرج حيث يكون بينهما لاستوايهما
قوله لان العقود ليس بيد عليه اذ المراد باليد اليد المتصرفة الناقلة المحولة التي لا تنفك عن بساط
الركوب في الحمل عنها عادة وكان بينهما الا على وجه القضاء لاستوايهما في عدم الحجة **قوله** وهو
يعبر عن نفسه وفي الذخيرة يعني يتكلم ويعلم ما يقول فاذا كان بهذه المثابة كان في يد نفسه لان
الاصل ان يكون لكل انسان يد على نفسه اثباتا يعني لكرامته الا اذا تركناه اذا لم يكن له اهتداء الى
المصالح والمفاسد فهذا الصبي لو اقر بالرق لغيره سقطت عبرة يده على نفسه فيظهر عليه
يد ذي اليد فيكون له **فان قيل** كيف يصح اقرار الصغير بالرق لغيره وهو من المضار والاقوال
الموجبة للضرر غير معتبرة في حقه ولهذا لم يصح طلاقه وعتاقه وهبته وان كان عاقلا **قلنا**
ثبوت يد مدعيه عليه لا باقراره فانتفع المعارض وهذا بخلاف ما اذا ادعى ان اللقيط
عبده لم يصدق والفرق هو ان صاحب اليد انما يصدق في دعوى الرق باعتبار يده ويد
الملتقط على اللقيط ثابتة من وجه دون وجه لانها ثابتة من وجه دون وجه لم يصح الدعوى
مع الشك ومتى لم يعرف انه لقيط فيد ذي اليد عليه ثابتة من كل وجه لانها ثابتة حقيقة و
حكما لان يده ليست بيد غيره **فان قيل** ينبغي ان لا يصدق في دعوى الرق لان الحرية ثابتة
بالاصل لان الناس باسرهم احرار في الاصل لانهم اولاد آدم وحوا وكانا حرين وكان ما
يدعيه من الرق امرا عارضا فلا يقبل الا بحجة **قلنا** ما هو الاصل اذا اعترض عليه ما يدل
على خلافه يبطل ذلك الاصل واليد على من هنا ثابتة دليل على خلاف الاصل لانها دليل
الملك فيبطل به الاصل لانها دليل الملك فيبطل به الاصل كذا في الفوايد الظهيرية **قوله** و
الهوادي ليس بشيء في المغرب الهوادي بضم الهاء وتشديد الباء عن الليث قصبات تضم
ملونة بطاقات من الكرم يرسل عليها قضبان الكرم وقال ابن السكيت وهو الحرادي ولا
تقل هروي وهو الهود ونحو ادير الغنم **قوله** وقد يسمى اتصال تربيع وذكر في حيطان الذخيرة
وتفسير التربيع اذا كان الحائط من مدر او اجر انيكون انصاف لبن الحائط المتنازع
فيه داخلة في انصاف لبن غير المتنازع فيه وانصاف لبن غير المتنازع فيه داخلة في المتنازع
فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع انيكون ساجه احدهما مركبة في الاخرى واما
اذا نقب فادخل لا يكون تربيعا ويكون اتصال مجاورة وملاصقة وقوله الهوادي ليس بشيء

يدله على انه لا اعتبار للهوادي اصلا وكذا البواري لانه لم يكن استعماله وصفا اذ الحائط
لا يبنى لها وانما يبنى للسقف فلا يمكن على الهوادي والبواري صاحب يد وما حكاه لو تنازعا في
حائط ولاحدهما عليه هوادي ولا شيء للآخر فهو بينهما وللحنفي صاحب الهوادي **قوله** ولا يعتبر
بالاكثر منها بعد الثلاث حتى لو كان لاحدهما عشرة خشبات وللآخر ثلث خشبات فهو بينهما
نصفان لان لكل واحد منهما جاز مقصود ابنى الحائط لاجله فلا يعتبر التفاوت بعد ذلك في القلة
والكثرة بعد تمام النصاب في الثلاث اقل الجمع كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليه خمسون منا وللآخر
مائة من كانت بينهما نصفين **قوله** وللآخر موضع جذعه وذكر في الايضاح بريد به حق الوضع لان
استحقاق صاحب الخشبات باعتبار الظاهر وهو ليس بحجة الاستحقاق بيده اما اذا ثبت ملكه بالبينة
كان لصاحب الملك ان يمنع صاحب الجذع من وضع جذع على حايطه **قوله** ولو كان لاحدهما جذوع
وللآخر اتصال يريد به اتصال تربيع فالعلا اولى من صاحب الجذع اولى ويرتفع الثاني والحكم يجوز
للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا اشارة الى ما قال لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق بيده **فان قيل**
لما قضي بالحائط لصاحب الاتصال ينبغي ان يؤمر برفع الجذوع لان حمل موضوع على
ملك الغير بغير سبب ظاهر للاستحقاق كما لو تنازعا في دابة ولاحدهما عليه حمل وللآخر مخلاة
يقضى لصاحب الحمل ويؤمر الآخر برفع المخلاة على دابة الغير لا يكون مستحقا له في الاصل
بسبب فكان من ضرورة القضاء لصاحب الحمل ان الاخر يرفع المخلاة فاما ههنا فقد ثبت
له حق وضع الجذوع على حايط الغير بان كان ذلك مشروطا في اصل القسمة فليس من ضرورة
الحكم لصاحب الاتصال الاستحقاق رفع الجذوع على الآخر وهذا بخلاف ما لو اقام احدهما
البينة وقضى له به فانه يؤمر الآخر برفع جذوعه لان البينة حجة للاستحقاق بها صاحبها
على الآخر فيرفع جذوعه عن ملكه ثم الصحيح من النسخ ولو كان لاحدهما اتصال وللآخر جذوع
فالاول اولى له اخره ليكون الدليل موافقا للمدعي وفي بعض النسخ ولو كان لاحدهما جذوع
وللآخر اتصال فعند ذلك ليس بصحيح لان الدليل لا يوافق ذلك الترتيب في الذخيرة ولو كان الاتصال
في طرف واحد فقد ذكر شيخ الاسلام رح ان صاحب الاتصال اولى وهو اختيار الطحاوي وهو الشيخ الفقيه
ابو عبد الله الجرجاني وذكر شمس الائمة السرخسي رح ان صاحب الجذوع اولى وذكر فيها قبل
هذا ان كان الاتصال في طرفي الحائط المتنازع فيه وصاحب الاتصال اولى عليه عامة المشايخ
وهكذا روي عن ابي يوسف رح في الامالي فقد يرجح صاحب الاتصال على صاحب الجذوع **قوله** و
ان اقام احدهما البينة جعلته في يده لقيام الحجة **فان قيل** البينة حجة على الخصم واذا لم يثبت
كونها في يد الآخر لا يكون خصما لكن يقضي بالبينة للذي اقام البينة **قلنا** هو خصم
باعتبار منازعته في اليد لانه يتمكن من اثبات اليد بدعواه لو لم ينازع الآخر ومن
كان خصما لغيره باعتبار منازعته في شيء شرعا كانت بينة مقبولة فذكر الامام التمرتاشي

فان طلب كل واحد منهما يمين دعوى صاحبه توقف الدار الى ان يظهر حقيقة الحال وان نكلا وقضى
لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد صاحبه وان نكل احدهما عليه كلها للحالف نصفها الذي
كان في يده ونصفها الذي كان في يد صاحبه بنصفها بنكوله وان كانت الدار في يد ثالث
لم ينزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث قوله جعلت في يديهما لما قلنا وهو توليه
لقيام الحجة قوله لوجود التصرف في الاستعمال فيهما ومن ضرورة اثبات اليد كما ذكر في
الزوائد اللتي في الثياب باب دعوى النسب قوله وهذه دعوة استيلاد يعني
دعوة البايع لان اصل العلوق في ملكه ودعوة المشتري دعوة تحرير حتى انها لا تبادر حين
دعوة الاستيلاد لان دعوة التحرير يقتصر على الحال ودعوة الاستيلاد يستند الى وقت
العلوق فكانت سابقة معنى وكانها سبقت صورة وفي المبسوط لو ادعاه المشتري اولا
يثبت النسب منه مملوكة في الحال علك اعتاقها واعتاق ولدها فتصح دعوته ايضا لحاجة الولد
الى النسب والحرية ويثبت لها امومية الولد باقراره ولا يصح دعوة البايع بعد ذلك لان
الولد قد استغنى عن النسب حتى يثبت نسبه من المشتري ولانه ثبت فيه ما لا يحتمل الابطال
وهو حقيقة النسب فيبطل به حق استحقاق النسب الذي كان للبايع ضرورة وفي النهاية
قوله وهذه دعوة استيلاد احترازا عن دعوة التحرير يعني لما كانت هذه الدعوة دعوة
استيلاد لم يفتقر الى حقيقة الملك لصحة الدعوة في الحال بخلاف دعوة التحرير على ما يجيء بعد
قوله ويحمل على الاستيلاد بالنكاح حملا لامره على الصحة ولا يعتق الولد قوله فلا يثبت حقيقة
العتق اما في حق الولد فعلا حقه اي في حق الام قوله وليس من ضرورة اي ليس من
ضرورات ثبوت العتق في الولد النسب ثبوته لاستيلاد في الام كما في ولد المغرور فانه
حر الاصل ثابت النسب من المستولد وامه لسيدها ولدتها بل امة لمولاها كما في المستولدة
بالنكاح فانه اذا استولدها ثم اشتراها [illegible] الاحترام ولده والتدبير مثل
الاعتاق لانه لا يحتمل النقض فقد ثبت به اثار الحرية كامتناع التمليك من الغير قوله لانه
الى الاعتاق لا يحتمل النقض كحق استحقاق النسب فيما لو للبعد حق الاستيلاد في الام
فاستويا من هذا الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق
الحرية وفي الولد للبايع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة وقوله في الفصل الاول المراد
ما اذا ادعى البايع الولد بعدما اعتق المشتري الام يرده بحصته من الثمن على قولهما وعنده
يرده بكل الثمن هو الصحيح وذكر في المبسوط يرد حصته من الثمن لا حصتها بالاتفاق وفرق
بين الموت والعتق فقال [illegible] القاضي كذب البايع فيما زعم حيث جعلها معتقة من
المشتري فبطل زعمه ولم يوجد التكذيب في فصل الموت فيؤاخذ بزعمه فيسترد حصتها
ايضا قوله بخلاف الولد لانه لا يكون للولد حصة من الثمن لانه حادث بعد قبض المشتري ولا حصة

للولد

للولد الحادث بعد القبض قلنا الولد ان حدث صورة بعد القبض لكن حيث المعنى حادث قبل
القبض لان البايع يستبين بالدعوة انه فسخ هذا البيع بالدعوة وان قبضه المشتري قبل القبض من الفسخ
بالاستهلاك لما كان حادثا قبل القبض صار له حصة من الثمن اذا استهلكه البايع وقبله
استهلكه بالدعوة فههنا فيصير له حصة من الثمن كالولد الحادث قبل القبض قوله ومن باع
عبدا ولد عنده اي كان اصل العلوق في ملكه قوله بخلاف ما اذا كان الولد واحدا لان هناك يبطل
العتق فيه مقصودا يعني لو بطل عتق المشتري عتق حقيقي وفي حق البايع حق الدعوة وهو
ادنى من الحقيقة فلا يعارضها فكيف يرفعها وههنا اي في مسئلة التوامين ثبت بعلوق
فيه حرية الاصل اي ثبت بطلان اعتاق المشتري بطريق التبعية لحرية المشتري الذي كانت
الحرية فيه حرية الاصل وهذا لان الذي عند بايع ظهر انه حر الاصل فاقتضى ان يكون
الاخر حر الاصل فانه يستحيل ان يكون احدهما حر الاصل والاخر رقيقا وقد اخلقا من
ماء واحد فكان هذا نقض الاعتاق بما هو فوقه وهو الحرية الثابتة باصل الخلقة بخلاف
ما لو كان الولد واحدا لان العتق يبطل فيه مقصودا لحق دعوة البايع وانه لا يجوز وهنا
يثبت الحرية في الذي عنده ثم يتعدى الى الاخر ضمنا فيستغنى عنه قيام الولاية هذا
اذا كان اصل العلوق في ملكه فان لم يكن اصل العلوق في ملك البايع والمسئلة بحالها
يثبت نسب الولدين من البايع ايضا لان التوامين لا ينفكان نسبا وقد ثبت نسب الذي
عنده لمصادفة الدعوة ملكه فيثبت نسب الاخر ضرورة وعتق الذي عند البايع ولا يبطل
عتق المشتري في الذي عنده ولا ينقض عنده لان هذه دعوة تحرير لا دعوة استيلاد
لانعدام دعوة الاستيلاد الى اتصال العلوق بالملك بتعيينه واذا كانت دعوة تحرير تقتصر
على محل ولايته فصار كان البايع اعتقهما فيعتق في ملكه فحسب وليس من ضرورة حرية
احد التوامين اعتق بما رض حرية الاصل فلهذا لا يعتق الذي عند المشتري عليه قوله الا
ترى انه لا يعمل فيه الاكراه والهزل الاكراه لا يبطله لانه لا يحتمل النقض وكذا الهزل ويبطلان
الاقرار بذلك فان من اكره على الطلاق والعتاق ففعل يقع الطلاق والعتاق ولو اكره
على الاقرار بهما فانه لا يقع كما لو اكره على البيع ونحوه مما يحتمل النقض ففعل فانه لا يثبت فاذا
ثبت ان الاقرار بما لا يحتمل النقض يلحق بما يحتمل النقض ثبت انه يرتد بالرد قوله فوجدت
شهادة لهم كالعتق والقرابة قوله كجر الولاء صورته معتقة تزوجت بعبد وولدت منه
اولادا فجنى الاولاد كان عقل جنايتهم على موالي الام لان الاب ليس من اهل الولاء فكان الولد
ملحقا بقوم الام فان اعتق العبد جر ولاء الولد الى نفسه قوله ما هو اقوى وهو دعوى
المشتري وانما كان دعواه اقوى لان الملك له قائم في الحال ظاهرا فكان دعوى الولاء له
نفسه بسبب الاعتاق مصادفا المحل لوجود شرطه وهو قيام الملك قوله بخلاف النسب لانه

King Saud University
Copyright © King Saud University

ما مراى ولدا للملاعنة فانه لا يثبت نسبه من غير الملاعن لاحتمال تكونه من الملاعن قوله وتعارض
الحال بين دعوى الرق ودعوى النسب لانه يجوز ان يكون عبدا للواحد وابنا للآخر قوله وهو اوفر
النظرين لان القضاء بالنسب من المسلم قضاء باسلامه قوله ومعنى المسئلة ان المراة ذات
زوج انما قيد بذلك لان المراة اذا لم يكن ذات زوج يكون القول قولها من غير بينة كما في آخر
ما ذكر في الكتاب بعد هذا ومن المشايخ من اجرى المسئلة على اطلاقها ورد قولها وان
لم يكن ذات زوج عملا باطلاق ما ذكر محمد رح قوله بخلاف الرجل لانه يصدق الرجل في دعوى
الولد بدون شهادة القابلة لمعنيين احدهما هو ان دعواه علوق الولد منه وذلك امر باطن
لا يوقف عليه فيقبل قوله من غير حجة كما اذا علق طلاق امراته بحيضها يقبل قولها بحيضها
يقبل قولها حضت هذا اما المراة فيمكنها اثبات النسب بالبينة لان انفصال الولد منها عما
يشاهد ويعاين فلم يقبل قولها الا بحجة كما اذا علق طلاقها بدخول الدار وادعت المراة
الدخول فكذبها الزوج لا تصدق الا ببينة لامكان الاثبات بالبينة والثاني ان دعوى
الرجل اقرار على نفسه بوجوب النفقة والحفظ والتربية اما دعوى المراة فاقرار على الزوج
انكار يلزمها شيء من ذلك والدعوى لا يقبل الا بحجة وانكار الصبي لا يعبر عن نفسه وان
كان يعبر فالقول له ايهما صدق يثبت نسبه بتصديقه قوله وكذا لو ترك مالا لان الارث
ليس ببدل [illegible] اي عن الولد بخلاف الدية لانها بدل [illegible] كمنع الولد فيأخذ قيمته قوله [illegible]
فان قيل الولد اذا كان حرا في حق ابيه فهو رقيق في حق مدعيه فوجب ان يكون المال بينهما قلنا
الولد حر الاصل في حق المدعي ايضا حتى لا يكون ولاؤه لاحد وانما جعل رقيقا ضرورة القضاء له بقيمته
والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قوله فاخذ منه ثمنه بالاخذ ذكر في المبسوط فان قضى له
بالدية فلم يقبضها لم يؤخذ بالقيمة لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه من البدل فان قبض
من الدية قدر قيمة المقتول قضي عليه بالقيمة للمستحق لان المنع تحقق بوصول يده الى البدل فيكون
سفه قدر قيمة الولد والله اعلم كتاب الاقرار قوله اذا اقر الحر البالغ العاقل
لحق لان الاقرار اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه وليس باثبات الحق وحكمه ظهور المقر به
لا ثبوته ابتداء الا ترى انه لا يصح الاقرار بالطلاق والعتاق مع الاكراه ولا انشاء يصح مع
الاكراه ولهذا قالوا لو اقر بغير ماله والمقر له يعلم انه كاذب في اقراره لا يحل له اذا اخذه من
كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا ان يسلمه عن طيب من نفسه فيكون تمليكا مبتدأ منه على
سبيل الهبة والملك يثبت للمقر له بلا تصديق وقبول ولكن يبطل برده والمقر له اذا صدقه
ثم رده لا يصح رده قوله ولانه يلزم على المقر لا قرينة لوقوعه دليلا على صدق المخبر قال الله
تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على انفسكم والشهادة على النفس هو الاقرار
قوله وبذلك المراة باعترافها هي العامدية وهي التي اقرت ماعز انه زنى بها فقال رسول الله

صلى الله عليه وسلم لاخبره [illegible] يا انيس اغد الى امراة هذا فان اعترفت فارجمها فاعترفت
فرجمت ولما جعل الاقرار حجة في الحدود التي تندرئ بالشبهات فلان يكون حجة في غيرها اولى
قوله وهو حجة قاصرة لقصور ولاية المقر عن غيره فيقتصر عليه حتى لو اقر مجهول الاصل بالرق
لرجل جاز ذلك على نفسه ولم يصدق على اولاده وامهات اولاده ومدبريه ومكاتبيه لانه قد ثبت
حق الحرية او استحقاق الحرية لهؤلاء فلا يصدق عليهم قوله وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا
اي في المال وغيره قوله بخلاف المأذون لانه مسلط عليه من جهته فانه اذا اقر بدين لرجل
او غصب او وديعة او عارية فانه يصح لانه ملحق بالاحرار في حق الاقرار لان المولى لما اذن له
تقدر [illegible] حتى تعلق الدين برقبته وكان مسلطا عليه من جهته قوله الا اذا كان الصبي ماذونا في
التجارة كان اقراره جائزا بدين لرجل وغصب وبضاعة او عارية او مضاربة لانه ملحق
بالاذن بالبالغ لدلالة الاذن على عقله ولا يصح اقراره بالمهر والجناية والكفالة لانها
غير داخلة تحت الاذن اذ التجارة مبادلة المال بالمال والنكاح مبادلة المال بما ليس بمال
والكفالة تبرع من وجه فلم يكن تجارة مطلقة قوله وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار اعلم
ان الجهالة التي تتعلق بالاقرار لا تخلو عن ثلاثة اوجه اما ان يكون الجهالة في المقر له او في
المقر به فالاولان يمنعان صحة الاقرار بخلاف الثالث اما جهالة المقر كما اذا قال لرجل على
الف درهم او يقول لزيد على الف درهم لم يصح الاقرار لان [illegible] الا ان يعين
وكذلك جهالة المقر له تمنع صحة الاقرار نحو ان يقول لرجل لك على احدنا الف درهم لان المقضي
عليه مجهول وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار والبيان في ذلك الى المقر لانه هو المجمل
فاليه البيان كذا في شرح الطحاوي قوله والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح مع ان يكون
المقر به مجهولا قوله وكذا اذا قال لفلان علي حق ثم قال اعني به حق الاسلام لا
يصدق وان قال موصولا يصدق لانه بيان تغيير باعتبار العرف لانه لا يراد في العرف حق
الاسلام وانما يراد حقوق مالية قوله وكذا لو قال غصبت منه شيئا ذكر في المبسوط رجل
قال غصبت من فلان شيئا فالاقرار صحيح ويلزمه ما بينه ولا بد من ان يبين شيئا هو مال لان
الشيء حقيقة اسم لما هو موجود مالا كان او غير مال الا ان لفظ الغصب يدل على المالية بعض
لا يرد الا على ما هو مال وما ثبت بدلالة اللفظ فهو كالملفوظ كقوله اشتريت من فلان شيئا يكون
اقرارا بشراء شيء هو مال لان الشراء لا يتحقق الا فيه ولا بد من ان يبين مالا يجري فيه التمانع
بين الناس حتى ان [illegible] حبة حنطة لا يقبل ذلك منه لان الاقرار بالغصب يدل على انه
كان ممنوعا من جهة صاحبه حتى غلب عليه وهذا ما يجري فيه التمانع فاذا بين شيئا هذه الصفة
قبل بيانه لان [illegible] المقر به صحيح موصولا كان او مفصولا لانه
[illegible] على المقر له [illegible] وان ادعى على غيره فالقول قول المقر مع يمينه لانه [illegible]

Copyright © King Saud University

موجبا لاقراره بما بين وكذا اذا كذبه المقر له زاد الاقرار ويبقى دعواه شيئا آخر عليه وهو كذلك
منكرا فالقول قول المنكر مع يمينه ولا فرق بان بين شيئا يضمن بالغصب او لا يضمن بعد
ان يكون بحيث يجرى فيه التمانع حتى اذا بين ان المغصوب خمر فالقول قوله وكذا لو
بين ان المغصوب جار فالقول قوله وان كان لا يضمن عند ابي حنيفة رح واختلف المشايخ
رح فيما اذا بين ان المغصوب زوجته او ولده فمنهم من يقول بانه مقبول وفي الايضاح
وهذا اختيار مشايخ العراق لانه موافق لظاهر كلامه فان لفظ الغصب يطلق على الزوجة و
الولد عادة والتمانع فيه يجرى بين الناس اكثر مما يجرى في الاموال واكثرهم على انه لا يقبل
بيانه بهذا وفي الايضاح واما اختيار اهل ما وراء النهر انه لا بد من ان يبين شيئا له قيمة
لان حكم الغصب لا يتحقق الا فيما هو مال فبيانه بما ليس بمال يكون انكارا لحكم الغصب
بعد اقراره بسببه وذلك غير صحيح منه واختار في الهداية قوله هو لا رحي قال يجب ان يبين
ما هو مال يجرى فيه التمانع تعويلا على العادة لان مطلق اسم الغصب يطلق على اخذ
مال متقوم في العرف قوله وفي الابل خمس وعشرون كان ينبغي ان يقيد بخمس لانه يجب فيه
شاة فكان عندنا هو مال عظيم من وجه حتى يجب فيه الزكوة وليس بعظيم من وجه حتى
يجب فيه الزكوة من جنسه فاعتبرنا ما ذكرنا ليكون عظيما مطلقا اذ المطلق ينصرف الى
الكامل وفي غير مال الزكوة بقيمة النصاب لو قال اموال عظام فالتقدير بثلثة نصب من
في سماه تحقيقا لادنى الجمع حتى لو قال من الدراهم كان ستمائة درهم وكذلك في كل
جنس بين حتى لو اراد الابل يجب عليه من الابل خمسة وسبعون وهذا لان اقل الجمع
ثلثة يجعل على ثلاثة اموال ولو قال على مال نفيس او كريم او خطير او جليل قال الناطفي
لم اجد منصوصا وكان الجرجاني ثم اجد منه يجعل بمنزله مائتان ولو قال على دراهم
او دنانير فعليه درهم ودينار تام لان التصغير قد يذكر لصغر الحجم بالتصغير فلا ينقص
عن الوزن ولو قال حنطة كثيرة فهذا على خمسة اوسق والوسق ستون صاعا
هنا على قولهما لان النصاب في باب العشر مقدر بهذا واما على قول ابي حنيفة رح فلا نصاب
للحنطة فيرجع الى بيان المقر قوله الى الوزن المعتاد اي يعتاد ذلك البلد قال في المبسوط
ان كان في بلد يتبايعون على دراهم معروفة الوزن بينهم ينقص من درهم سبعة صرف الى
ذلك لانه تعين وزن سبعة لم يكن ينقص في لفظه وانما كان ذلك في العرف الظاهر في معاملات
الناس وذلك يختلف باختلاف البلدان والاوقات فيعتبر في كل موضع عرف اهل
ذلك الموضع ولو قال كذا درهما فهو درهم لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة وفتاوى قاضي
خان وقول الكرخي رح لو قال كذا دينارا فعليه دينار ان لان كذا كناية عن العدد واقل العدد
اثنان ولو ثلث كذا بغير واو فاحد عشر لانه لا نظير له سواه لانه لم يجمع بين ثلثة اعداد ذكرا

بلا عاطف

بلا عاطف فلا بد من حمل الواحد على التكرار قوله وتبلى شيء عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان
اي ضمن ويسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن من المال ويسمى الصك الذي هو حجة الدين قبالة قوله ولو
قال المقر هو وديعة ووصل الى قوله على وقبلي لان آخر كلامه تفسير لاوله وهو يحتمل له فيرجع فان
قوله على اي حفظها لان عينها لان المضمون على المودع الحفظ والمال محله فقد ذكر المحل و
اراد به ما يحله فاحتمل اللفظ مجازا موصولا لا مفصولا قوله والاول اصح لان استعمال في
الدين اغلب واكثر وكان الحمل عليه احق قوله لان الهاء في الاول والثاني كناية عن المذكور
الاصل انه متى ذكر في موضع الجواب كلاما لا يستقل بنفسه يكون جوابا كما لو قال لي عليك
الف فقال اتزنها الا الف التي عليك فقال نعم فقد اقر بها لان قوله نعم لا يستقل بنفسه فقد
اخرجه مخرج الجواب هو صالح للجواب فيصير ما تقدم من الخطاب كالمعاد فيه فكانه قال نعم
اعطيك الالف التي لك علي ومتى ذكر في موضع الجواب كلاما يستقل بنفسه يجعل مبتدا فيه لا
جوابا الا ان يذكر فيه ما هو كناية عن المال المذكور فح لا بد من ان يحمل على الجواب والا لزم على
هذا المدعو الى الغداء لو قال والله لا اتغدى ينصرف الى الجواب بدون الكناية فان المعنى
الذي يوجب حمله على الجواب في مسئلة العاين يوجب حمله على الاستبدار ههنا لانه انما حمل
على الجواب في مسئلة اليمين لانه دخل المدعو في الغداء يتعين اداء الجواب او الاستبداء ههنا
كيلا يلزم المال بالشك قوله ودعوى الابراء كالقضاء لما بينا اشارة الى قوله والقضاء يتلو
الوجوب لان الابراء اسقاط وهو انما يكون في دين واجب عليه وكذلك دعوى الصدقة و
الهبة بان قال تصدقت به علي او وهبته لي لان هذا دعوى التمليك منه وهو لا يكون الا بعد
وجوب المال في ذمته لانهما يردان على الدين الثابت وكذا اذا قال احلتك به على فلان لان
تحويل الدين من ذمة الى ذمة لا يكون بدونه قوله وعدم والمسئلة في الكفالة في باب الصلح
منه بيان الفرق وكذا اذا قال له مائة وثوبان لما بينا انه لا يكثر وجوبها فبقي على الحقيقة بخلاف
ما اذا قال له مائة وثلثة اثواب لانه ذكر عددين مبهمين واعقبهما تفسيرا فانصرف اليهما لاتصال
الثواب لا تصلح مفسرا للمائة لما اقترنت بالثلثة صار كعدد واحد العقوبة بالتخفيف في
التعدية ووعاء التمر يتخذ من قصب وقولهم انما يسمى بذلك ما دام فيها التمر والا فهي زنبيل مبني
على عرفهم كذا في المغرب والاصل في جنس هذه المسائل ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له
لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وان كان الثاني لا يكون ظرفا
للاول نحو قوله غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح ان يكون ظرفا لما اقر
بعضه الا فلغو آخر كلامه وان كان الثاني ما يحتمل ان يكون ظرفا وان لم يكن ظرفا حمل على
الظرف عند محمد رح لانه حقيقة للظرف ومتى امكن حمله على الحقيقة حمل عليها كما في قوله
غصبتك ثوبا في عشرة اثواب فانه يلزمه عند محمد رح احد عشر ثوبا لان العشرة قد يكون

Copyright © King Saud University

وعاء للثوب الواحد لا تنصيص الثوب الواحد النفيس في عشرة اثواب فصار كقوله حنطة
في جوالق وعند ابي يوسف رح وهو قول ابي حنيفة رح اولا يلزمه الاثواب كلها لان الثوب الواحد
لا يصان في عشرة اثواب عادة فصار بيانا ان محل المغصوب عشرة اثواب هذا في كلمة في
واما الحكم في كلمة من ذكره في الكتاب وهو ان تكون اقرارا بالغصب في الاول خاصة لان
كلمة من لابتداء الغاية فتكون اقرارا بابتداء الغصب من القوصرة وانما يفهم منه
الانتزاع واما الحكم في كلمة على نحو ان يقول غصبته اكافا على حمار فكان اقرارا بغصب
الاكاف خاصة والحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين اخذه وغصب الشيء من محل لا يكون
مقتضيا غصب المحل المتصل جفن السيف والجفن الغمد والحمايل جمع الحمالة بكسر الحاء
وهي علاقة السيف والحجلة بيت مزين بالثياب والاسرة جمع سرير قوله ان حرف في يستعمل
للبيان والوسط فان قيل لم لا يستعمل الحرف ههنا للبين والوسط بل لمعنى مع اي مع
عبادي قلنا لما تردد بين المحملين وباعتبار حمله على البين والوسط لم يجب الزايد
على الواحد فلا يجب الزايد بالشك على ان حرف في قد يكون بمعنى على ايضا في قوله تعالى
ولاصلبنكم في جذوع النخل وحمله على هذا المعنى لا يوجب ايضا والذمة في الاصل برية
فلا يجوز شغلها بالشك قوله على ان كل ثوب موعى في لبس وعاء يعني ان العشرة
لا تكون وعاء معنى لان الوعاء غير الموعى والثوب اذا لف في ثياب فكل ثياب تكون موعى في
حق ما وراءه فلا يكون وعاء الا الثوب الذي هو ظاهر فاذا كان كذلك لا يتحقق كون العشرة
وعاء للثوب الواحد فكان آخر كلامه لغوا واما قوله لان النفيس من الثياب قد يلف
في عشرة اثواب فهو منقوض على اصله فانه لو قال غصبته كرباسا في عشرة اثواب حرير عند
محمد رح يلزمه الكل في هذه الصورة ايضا مع ان عشرة حرير لا يجعل وعاء للكرباس عادة
قوله قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين درهم الى عشرة لزمه تسعة مع اختلافاتها
ودلائلها مرت في الطلاق ولو قال له علي ما بين شعير الى كر حنطة فعليه في قول ابي يوسف رح
ابي حنيفة رح كر شعير وكر حنطة الا قفيز حنطة لان الغاية الاخرى الحنطة هو الغاية الثانية
وعند ابي يوسف رح ومحمد رح يلزمه الكران ولو قال له علي ما بين عشرة دراهم الى عشرة
دنانير فعند ابي حنيفة رح يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة
دنانير وقوله من كذا الى كذا بمنزلة قوله ما بين كذا وكذا في جميع ما ذكرنا قوله ثم اذا جاءت
به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه بان وضعته لاقل من ستة اشهر مذ مات
المورث والموصي وان وضعته لاكثر من ستة اشهر لم يستحق شيئا الا ان تكون المرأة معتدة
ثم اذا طلقت لاقل من سنتين حتى يحكم بثبوت النسب كان ذلك حكما بوجوده في البطن حين
مات المورث والموصي وان جاءت به ميتا فالمال للموصي والمورث حتى يقسم بين ورثته

لان

لانه اقر في الحقيقة لهما اذ التركة تبقى على ملك الميت ما لم يصرف الى وارثه او الى من اوصى له
به ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما فاذا كان احدهما ذكرا والآخر انثى ففي الوصية يقسم
بينهما نصفين وفي الميراث يقسم بينهما للذكر مثل حظ الانثيين وان قال باع مني شيئا بالف
درهم او اقرضني الف درهم لم يلزمه شيء لانه بين مستحيلا فان قيل هذا يكون رجوعا وانه
لا يصح وان كان موصولا قلنا لا كذلك بل هو بيان بسبب محتمل فقد يشتبه على الجاهل
فيظن ان الجنين تثبت عليه الولاية كالمنفصل فيما سلم لم يقل لذلك المال الجنين بناء على ظنه
وبيان سببه ثم يعلم ان ذلك السبب كان باطلا فكان تكلمه هذا بيانا لا رجوعا فلهذا
كان مقبولا عنه وان ابهم الاقرار لم يصح عند ابي يوسف رح وقال محمد رح يصح لان الاقرار
من الحجج فيجب اعماله وقد امكن بالحمل على السبب الصالح فيحمل عليه تصحيحا للكلام العاقل
ولابي يوسف رح ان الاقرار مطلقه ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة كما حمل اقرار العبد المأذون واحد
المتفاوضين على الاقرار بسبب التجارة ولم يحمل على الاقرار بغير التجارة كدين المهر ودين الجناية
حتى يؤاخذ العبد المأذون به في حال الرق ويؤاخذ به الشريك وفي الاقرار بدين المهر ودين
الجناية لا يؤاخذ العبد المأذون ولا الشريك الآخر ابدا ولابي يوسف رح طريق آخر وهو
ان هذا اقرار صدر من اهله لاهله وقد احتمل الجواز والفساد وكما قال محمد رح الا ان
حمله على الجواز متعذر لان الجواز له وجهان الوصية والميراث والجمع بينهما متعذر وليس
احدهما بان يعتبر سببا باولى من الآخر فتعذر الحمل على الجواز فيحكم بالفساد كما لو اشترى
عبدا بالفين باعه من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة وقيمتهما سواء فان البيع يفسد
في الذي اشتراه من البائع وان احتمل الجواز لان للجواز جهتين ان يصرف اليه مثل الثمن
الاول واكثر والجمع متعذر ولا رجحان لاحدهما على الآخر فحكمنا بالفساد ضرورة فكذا
ما اذا اقر للحمل لان طريق التصحيح متعين بالوصية ولا تزاحمه الارث لان الوارث اذا كان
لم ينصب في الحمل كان له نصيب في الام ايضا لشيوع حقه في الجميع اما الوصية بحمل جارية او
شاة لا يكون وصية بالام فتعين الوصية جهة التصحيح فيجوز وهذا هو الفرق لابي يوسف
رح في صحة اقراره بحمل جارية لانسان وعدم صحة اقراره للحمل قوله ومن اقر
بشرط الخيار بطل الشرط صورته ما اذا اقر رجل بدين او قرض او غصب او عقد بيع او عارية
او وديعة وكفالة على انه فيه بالخيار ثلثة ايام فالاقرار جايز والخيار باطل اما جواز الاقرار فلوجود
الصيغة الملزمة بقوله علي او عندي لفلان واما الخيار فبطل لان الاقرار اخبار فلا
يليق به الخيار لان المخبر ان كان صادقا فهو صدق وان كان كاذبا فكذب لا يتغير
باختياره وعدم اختياره وانما تاثير اشتراط الخيار في العقود ليتغير به صفة العقد ويتخير
من له الخيار بين فسخه وامضائه ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط فيبطل ما دخل عليه وهو حكم

العقد والاقرار لا يحتمل التعليق فكذلك لا يحتمل اشتراط الخيار الا ان التعليق يدخل على اصل السبب
فيمنع كون الكلام اقرارا والخيار يدخل على حكم السبب فاذا بقي بقي حكم الاقرار وهو اللزوم
باب الاستثناء قوله وما في معناه اراد به ما كان بيانا مغيرا كالشرط ونحوه لانه في
في معنى الاستثناء قوله لان الاستثناء مع الجملة اي مع صدر الكلام عبارة عن الثاني
قال الله تعالى فلبث فيهم الف سنة الا خمسين عاما قوله ولكن لا بد من الاتصال الا انه
مغير فيصح موصولا لا مفصولا على هذا اجمع العلماء الا ابن عباس رض فعنده يعمل الاستثناء
وان كان مفصولا استدل بقوله عليه السلام لاغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى
قلنا انه لم يكن ذلك على وجه الاستثناء وانما كان على وجه الامتثال لما امر به في قوله تعالى واذكر
ربك اذا نسيت وسواء استثنى الاقل او الاكثر وعن ابي يوسف رح وهو قول مالك رح و
الفراء انه لا يصح استثناء الاكثر فان استثنى الجميع لزمه الاقرار وهذا اذا استثنى بعين اللفظ
الذي تكلم به في صدر الكلام بانه قال نسائي طوالق الا نسائي فانه لا يصح الاستثناء اما اذا
قال نسائي طوالق الا هؤلاء او قال الا فلانة وفلانة فاستثنى الكل باساميهن يصح الاستثناء
ولا يقع الطلاق عليهن وكذا لو قال عبيدي احرار الا عبيدي لا يصح ولو قال الا هؤلاء
او فلانا وفلانا وفلانا وذكر جميع عبيده باساميهم يصح وهذا لانه الاستثناء تصرف
لفظي فيبتنى على صحة الحكم الا ترى انه اذا قال لامرأته انت طالق ست تطليقات الا اربعا
يصح الاستثناء حتى يقع تطليقتان وان كانت الست لا صحة لها من حيث الحكم لان الطلاق
لا مزيد له على الثلاث ومع هذا لا يجعل كانه قال انت طالق ثلثا الا اربعا لما ذكرنا ان صحة
الاستثناء تتبع صحة اللفظ دون الحكم وتحقيقه ان الاستثناء متى وقع بغير اللفظ الاول
فهو يتبع يصلح لاخراج بعض ما تناوله صدر الكلام او للتكلم بالحاصل بعد الثنيا لانه
انما يصادف كلاما صدر عن من ملكه فيما سواه ولا امر يرجع الى ذات اللفظ وتصور ان
يدخل في ملكه غير هذه الجواري والعبيد واذا كان كذلك صح الاستثناء بخلاف ما
اذا وقع بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله ولا التكلم بالحاصل بعد
الثنيا فلم يصح قوله والمكيل والموزون اوصافهما اثمان اي انهما اثمان باوصافهما حتى لو
عينا تعلق العقد بعينهما ولو وصفا ولم يعينا صار حكمهما كحكم الدينار ولهذا يستوي الجيد
والردي فيهما فكانت في حكم الثبوت في الذمة جنس واحد معنى والاستثناء اخراج في
تكلم بالباقي معنى لا صورة لانه تكلم بالمائة والعدديات التي لا تتفاوت كالمقدرات
في ذلك اما الثوب والشاة فليس من جنس المقدرات معنى لانه لا يصلح ثمنا فلم يكن
استثناء استخراجا صورة ومعنى فكان باطلا فان قيل ان فات المجانسة من حيث
الثمنية فقد بقيت من حيث المالية فلم يصح الاستخراج باعتبارها قلنا الاثمان متفقة في

مالية

ماليته لانها مقدرة فيصلح ان يكون مقدرة للدراهم المستثناة فكانه ذكر المقدر وترك
المقدر لما ان المقدر على المقدر فكان استثناء من الدراهم معنى وما لا يصلح ثمنا لا يكون
من المقدرات فلا يصلح مقدرا للدراهم المستثناة لافتقار المقدر الى ان يكون مقدرا فيبقى
المستثنى من الدراهم مجهولا فلا يصلح الاستثناء لانه استخراج معنى ولم يصح الاستخراج
معنى فيبطل ولهذا انه يجب مطلوب جعلنا المعاوضة احترازا عن السلم قوله فصار بقدر مستثنى
من الدراهم فصار كانه ذكر المستثنى والمستثنى منه بلفظ الدراهم وفي الذخيرة اذا كان المستثنى
مثل من جنسه كالكيلي والوزني والعددي المتقارب نحو ان يقول لفلان علي دينار الا درهما
والا قفيز حنطة اما الا انه جوزه صح الاستثناء ويطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر به
وان كانت قيمة المستثنى يأتي على جميع ما اقر به لا يلزمه شيء وان لم يكن المستثنى مثلا من
جنسه نحو ان يقول لفلان علي دينار الا ثوبا او قال الا شاة لا يصح الاستثناء اجماعا
عندنا خلافا للشافعي رح لان الاستثناء بمشية الله تعالى اما ابطال او تعليق في الجامع القاضي
خان رح قال ابو يوسف رح التعليق بمشية الله تعالى ابطال وقال محمد رح تعليق بشرط لا
يوقف عليه وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قدم المشية فقال ان شاء الله تعالى انت طالق
عند ابي يوسف رح لا يقع لانه ابطال وقال محمد رح تقع لانه تعليق فاذا قدم الشرط ولم
يذكر الجزاء لم يتعلق وبقي الطلاق من غير شرط قوله لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط
لان الاقرار اخبار والاخبار لا يحتمل التعليق بالشرط لانه ان كان صادقا لا يصير كذبا
لفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا لوجود الشرط وانما يليق بالايجاب لانه
يتبين انه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط قوله لان البناء داخل في هذه معنى لا لفظا
ان البناء داخل في لفظ الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا باللفظ والدليل على هذا فصل
البيع فان البناء في بيع الدار يدخل تحت البيع تبعا حتى لو استحق البناء قبل القبض لا
يسقط شيء من الثمن بمقابلته بل المشتري يتخير بخلاف ما اذا قال الا ثلثها او بيتا منها حيث
يصح الاستثناء ويكون للمقر ما عدا ثلث الدار وما عدا البيت لان البيت في لفظ الدار دخل
مقصودا حتى لو استحق البيت في بيع الدار يسقط حصته من الثمن ولو قال بناء هذه
الدار لي والعرصة لفلان فهو كما قال اي يكون البناء له والعرصة لفلان وكذا اذا قال
بياض هذه الارض لفلان وبناؤها لي لان ما تضمنه اللفظان من نص الحكم السابق
مع مجرد الساحة منع دخول الوصف في ذلك الحكم بطريق التبعية فلا يكون مقرا
بالوصف فلا يكون في قوله وبناؤها لي مدعيا ما اقر به بخلاف ما اذا قال البناء لفلان والعرصة
ايضا حيث يكون البناء للمقر له وفي الذخيرة واعلم بان هذه جنس مسائل تخرج بها
على اصلين احدهما ان الدعوى قبل الاقرار في بعض تحت الاقرار لا يصح والثاني ان

King Saud University 1957
Copyright © King Saud University

اقرارا لان الانسان حجة على نفسه وليس بحجة على غيره اذا عرفنا هذا فنقول اذا قال بناء هذه الدار لي
وارضها لفلان انما كانت الارض والبناء لفلان لانه بقوله البناء لي ادعى البناء وبقوله الارض
لفلان اقر لفلان بالبناء تبعا للاقرار بالارض والاقرار بعد الدعوى صحيح واذا قال الارض لي
وبناؤها لفلان فهو على ما اقر المقر لانه بقوله ارضها لي ادعى البناء من ارضه لنفسه تبعا
بقوله والبناء لفلان اقر بالبناء لفلان والاقرار بعد الدعوى صحيح ويومر المقر له بنقل البناء من
ارضه واذا قال ارض هذه الدار لفلان وبناؤها لي فالارض والبناء للمقر له لانه بقوله ارضها لفلان
اقر بالبناء تبعا وبقوله بناؤها لي ادعى البناء لنفسه والدعوى بعد الاقرار في بعض ما تناوله الاقرار
لا تصح واذا قال ارض هذه الدار لفلان وارضها لفلان آخر فهو كما قال لانه بقوله اولا بناء هذه
الدار لفلان صار مقرا بالبناء له وبقوله ارضها لفلان آخر صار مقرا على الاول بالبناء للثاني
واقرار الانسان على غيره باطل قوله ولو قال مع ذلك انما بعتك غيره اي مع انكار العبد المقر له
يدعي لزوم المال ببيع عبد آخر قوله واما في الفاسد المال اي بطل المال عن المقر والعبد لما
لم في يده قوله ولكن العبد في غير المعين منافي الوجوب اصلا لان ثمن عبد غير معين لا
يكون واجبا على المشتري لا قبل القبض لانه مالا يكون بعينه فهو في حكم المستهلك لانه لا طريق
للوصول اليه فان ما من عبد يحضره الا وللمشتري ان يقول المبيع غير هذا وتسليم الثمن لا يجب الا
باحضار المبيع فعلم انه في حكم المستهلك فكانه اقر بالقبض ثم رجع قوله وقال الذي يبيعه
ويجحده ان وصل صدق ولم يلزمه شيء وان فصل لم يصدق فاذا انكر المقر له ان يكون ذلك
من ثمن عبد اي صدقه في الاصل وكذبه في الجهة قوله وان اقر بانه عن متاع اي صدقه في
الاصل والجهة بان اقر له بانه باع عبدا فالقول قول المقر وحاصل مذهبهما انه صدقه المقر له
في ان ذلك من ثمن عبد يصدق وصل ام فصل وان كذبه في ذلك لم يصدق الا اذا كان موصولا
ووجه ذلك انه اقر بوجوب المال وبين له سببا فاذا صدقه المقر له في ذلك السبب ثبت السبب
ثم المال بهذا السبب يكون واجبا قبل القبض ولكن انما يتاكد بالقبض والمقر ينكر فجعل القول
قوله في انكاره القبض وان كذبه في السبب كان هذا من المقر بيانا مغيرا لمقتضى اول الكلام
لان مقتضى اول كلامه ان يكون مطالبا بالمال للحال ولكن على احتمال ان لا يكون مطالبا به
حتى يحضر المبيع وبيان التغيير يصح موصولا ولا يصح مفصولا قوله وكذا لو قال من ثمن خمر او
خنزير ومعنى المسئلة اذا قال لفلان علي الف درهم من ثمن خمر او خنزير يعني اما قال يعني
المسئلة بيانا لاسم الاشارة في قوله وكذا لزمه الالف ولم يقبل تفسيره عند ابي حنيفة رح
وصل ام فصل لانه رجوع لان ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجبا على المسلم واول كلامه يدل على
الوجوب والرجوع لا يصح وصل ام فصل كما لو قال علي الف درهم من ثمن متاع بامر
الا انهم لم اقبضه فانه لا يصدق في قول ابي حنيفة رح وعندهما اذا وصل صدق ولا يلزمه شيء

لانه

لانه بين بآخر كلامه انه ما اراد به الايجاب فصار كما اذا قال في آخره ان شاء الله تعالى قلنا ذلك تعليق
وهذا ابطال لان قوله ان شاء الله تعليق بشرط لا يوقف عليه والتعليق بالشرط من باب التغيير
فيصح موصولا لان الارسال والتعليق كل واحد منهما متعارف بين اهل اللسان وكان ذلك
من باب البيان لا من باب الرجوع ووجوب المال عليه من حكم ارسال الكلام في صيغة
التعليق لا يلزمه حكم الارسال وهذا ابطال والابطال رجوع والرجوع بعد الاقرار بوجوب
المال لا يصح قوله لان اسم الدراهم يحتمل الزيوف بحقيقته لانه من جنس الدراهم حتى يحصل
الاستيفاء في الصرف والسلم والتصير استبدالا الا ان مطلق الدراهم ينصرف الى الجياد لان عادة
الناس يكون بالجياد فكان تغيرا فاتصل كذلك يشترط الوصل وكذا الستوقة يسمى دراهم
مجازا والنقل من الحقيقة الى المجاز بيان تغيير فيصح وصار كما لو قال الا انها وزن خمسة او
ستة ينعقد بهم وزن سبعة صدق ان وصل قوله فالعقد للمشتري لما بينا ان مطلق
العقد يقتضي السلامة عن العيب قوله لان الاستثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في
الدار لان الصفة ليست مما تناوله اسم الدار حتى يستثنى وانما يثبت وصف الجودة بمقتضى
مطلق العقد قوله لان الرداءة نوع لا عيب لان العيب ما يخلو عنه اصل الفطرة والحنطة
قد يكون رديئة في اصل الخلقة فهو في معنى بيان النوع وليس لمطلق العقد مقتضى في نوع
دون نوع واحد ولهذا لا يصح الشراء بالحنطة ما لم يبين انها جيدة او وسطة او رديئة
الا ترى انه لو قال بعتك هذه الحنطة واشار اليها والمشتري كان رآها فوجدها ردية ولم
يكن علمها لم يكن له خيار الرد بالعيب ولو قال بعتك بهذه الدراهم واشار اليها وهي زيوف
ولم يعلم بها البايع استحق مثلها جيادا لانا قد علمنا ان الزيافة عيب قوله وقيل لا يصدق
اي عند ابي حنيفة قوله فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل لما انه لا مقتضى له فيما ذكرنا لان الغصب
هو عقد المعاوضة ولم يوجد قوله ولا تعامل اشارة الى الجواب عن فصل القرض لانه لو وجد
المقتضي فقد وجد التعامل فان الناس انما يتعاملون بالجياد فينصرف الى الجياد ولم يوجد
التعامل هاهنا فلا ينصرف الى الجياد قوله وعن ابي يوسف رح انه لا يصدق فيه مفصولا
اعتبارا بالقرض اي اذا قال غصبت الفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض قوله
ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بسبب انقطاع النفس او بسبب اخذ السعال يعني
ابي يوسف رح انه يصح وصله بعد ذلك وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى ان يتكلم
بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه ان يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فكان
عفوا قوله اقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان كون الاخذ سببا للضمان قوله عليه السلام على اليد
ما اخذت حتى ترد فهذا تاويل بعد تعين حال البقاء هاهنا ورد المثل حال الهلاك لكون المثل
نائبا مقام الاصل وهو قوله فدفعته رجوع عما اقر به لانه دعوى الابراء فلا يصدق الا ببينة

Copyright © King Saud University

البتة كدعوى المشتري تأجيل الثمن بعدما اقر به والبائع يدعيه معجلا فان قيل ينبغي ان يكون يصدق
في جعل قوله وديعة بيان تغيير كما لو قال لفلان علي الف وديعة قلنا صدر الكلام هنا موجب
الغصب على ما ذكرنا فلا يحتمل الوديعة فقوله وديعة يكون ابتداء لا بيان ما احتمله صدر
الكلام واما قوله لفلان علي الف يحتمل الوديعة بمعنى علي حفظه فيكون قوله وديعة بيان
تغيير فيصح موصولا قوله فلا يظهر في انعقاده سبب الضمان لان الثابت ضرورة عدم
في غير موضعها فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها الى قوله و
القول للمنكر اي بالاجماع ولو قال آجرت دابتي هذه فلانا الى قوله وقال القول قوله
الذي اخذ منه الدابة هذا كله اذا لم يكن الدابة والثوب معروفا انه للمقر اما لو كان الثوب معروفا
انه للمقر او للدابة او الدار فالقول قوله بعد ان يصدق منه كان القول قول المقر في قولهم لان الملك فيه معروف
للمقر قوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان القول له في هذا قول المقر بالاجماع قوله وجه القياس
ما بيناه في الوديعة وهو قوله لانه اقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو منكر فيكون
القول قوله في كيفيته قوله وقد يكون من صنعه كاللقطة امانة ووديعة في يد الملتقط وان
لم يدفعها اليه صاحبها وكذا الثوب اذا هبت به الريح فالقته في دار انسان فانه يكون وديعة
من صاحب الدار وان لم يدفع اليه صاحبه فثبت ان الاقرار بالوديعة لا يدل على
اثبات اليد له من قبله حتى لو قال اودعتها كان على هذا الخلاف قوله وليس مدار الفرق
على ذكر الاخذ من طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الاجارة واختاه الاعارة
والاسكان هذا احتراز عن قول الامام القمي فانه قال انما وجب الرد في مسئلة الوديعة
لانه قال فيها اخذتها منه فيجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وهنا قال اجرتها على فافترقا
لافتراقهما في الوضع وهذا ليس بشيء لانه ذكر الاخذ في موضع الطرف الآخر في كتاب
الاقرار والبيع في الاجارة واختيها وذكروا ان الفرق الصحيح ما ذكر في الكتاب الله السلمي
باب الوديعة مقم آه قوله ولم يقل بقبضته منه حتى لو قال ثم قبضته منه كان على الخلاف
قوله لانه ما اقر له والساكن انما اقر بمجرد نقل منه هذا احتراز عما اذا اقر رجل ان فلانا
ساكن في هذا البيت فادعى فلان البيت فانه يقضى به للساكن على المقر لان السكنى تثبت
اليد للساكن على السكن واقراره باليد للغير حجة عليه وما ثبت باقراره كالمعاين وحفظه
كذا في المبسوط باب اقرار المريض قوله والديون المعروفة الاسباب كما اذا استقرض
مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال اليه او اشترى شيئا وعاين الشهود قبض
المبيع او استأجر شيئا بمعاينة الشهود او تزوج امراة بمهر مثلها وعاين الشهود النكاح
وعليه ديون الصحة فان هذه الديون تساوي ديون الصحة قوله وهو اقرار الصادر
عن عقل ودين وانما تعرض لهذين الوصفين لان العقل والدين يمنعان المودع عن الكذب

فلجان

في اجارة والاقرار اخبار عن الواجب في ذمته فلا يكذب في اقراره لوجود هذين الوصفين في
المقر وفي هذا لا تفاوت بين ان يكون المقر صحيحا او مريضا بل المريض يزداد رجحان جانب
الصدق لان المرض حالة التوبة ومحل الوجوب الذمة القابلة للحقوق وهي ذمة الحر
البالغ العاقل قوله ولهذا منع من التبرع والمحاباة الا بقدر الثلث وهذا استدلال
بالعام لتحصيل التقريب بالاولوية وهو ان المريض لما تعلق بماله حق الوارث لا يجيز تبرعه
من الثلث فلما منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو اضعف الحقين فلان
يمنع فيما اذا تعلق به حق الغريم وهو اقوى اولى وفي هذا جواب عما ادعاه الشافعي من
استواء حالة الصحة وحالة المرض قوله بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية فان قيل
لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب ان له نساء وجواري او هو شيخ كبير لا يولد له عادة ان
تزوج اربعة النكاح في اصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لاصل الوضع لا للحال فان
الحال لا يوقف عليها ليبنى الامر عليها قوله وحالتا المرض حالة واحدة اي حالة اول المرض
وحالة آخر المرض بعد ان يتصل بها الموت حالة واحدة هذا جواب سؤال مقدر يرد على
قوله لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال بابتدائه ولهذا كان تعلق الدين المتقدم مانعا عن
الاقرار بدين آخر ينبغي ان لا يصح اقرار المريض بالدين ثانيا بعدما اقر اولا في حال مرضه
لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في حالة المرض اذا كان له غرماء الصحة
لتعلق حق غرماء الصحة بماله فاجاب عنه وقال ليس كذلك لان الاقرارين في حالة المرض
بمنزلة اقرار واحد يكون احوال المرض بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر كما ان احوال الصحة
كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الاطلاق قوله الا اذا قضى ما استقرض في مرضه او نقد
ثمن ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينة لانه ليس فيه ابطال حق الغرماء لانه حصل في يده
مثل ما نقد وحق الغرماء يتعلق بمعنى التركة لا بالصورة فاذا حصل له مثله لا يعد
تفويتا بخلاف ما اذا قضى مهر امراة تزوجها في المرض او اجرة دار استأجرها لم يسلم لهما او
ثبتا ذلكما غرماء الصحة لان ما حصل له من النكاح وسكنى الدار لا يصلح لتعلق حقهم وكان
تخصيصهما ابطالا لحق الغرماء كذا في المبسوط قوله ولوارث آخر والجامع وهو ان حق
الباقين كما يبطل بتخصيص البعض بالاقرار بالدين فكذلك يبطل حقهم بالاقرار لوارث
آخر وهو صحيح بالاتفاق فينبغي ان يصح هذا الاقرار ايضا اذ كل واحد من الاقرار دين ضرر
بالوارث المعروف قوله وبوديعة مستهلكة اي او باستهلاك وديعة كان ثبوتها بمعاينة
وفي الجامع الكبير اودع اباه الف درهم في حال صحة الاب او مرضه بمعاينة الشهود فلما حضر
الاب الموت قال استهلكتها وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز وجواب ما عن
ذلك انا لو لم نعتبر اقراره يصير مجهلا فيجب الضمان فلا يعتبر الاقرار ولان تصرف

King Saud University
Copyright © King Saud University

المريض اعا مرحلة تهمة ولا تهمة للعامية **قوله** ولانه تعلق حق الورثة بماله في مرضه **فان قيل** الورثة
انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فاذا اقر بالدين لمستحق الورثة فقد ظهر حاجته لان العاقل
لا يكذب على نفسه جزافا وبالمرض يزداد جهة الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقل
فيبعثه على الصدق **قلنا** الاقرار ايصال النفع الى الوارث من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقين
ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو متهم فيه لجواز انه اراد سد الانبات بهذا الطريق حيث عجز
عنه بطريق الوصية لوجوب ان يتوقف صحته على رضاء الباقين دفعا للوحشة والعداوة
بخلاف الاجنبي لانه غير متهم فيه لانه يملك ايصال النفع بطريق الوصية وكل تصرف يتمكن المرء
في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره الا ترى ان الوكيل يصح اقراره بالبيع قبل
العزل لا بعده ولان تعلق حق الورثة بماله في المرض لا يظهر في حق الاجنبي لكثرة حاجته
الى المعاملة معه في الصحة ولو انحجر عن الاقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه بخلاف
الاقرار للوارث لانه حاجته الى البقاء وقلة فلا يحجر حق الورثة كما لا يحجر عن الانفاق على
نفسه **فان قيل** لو اقر للمراة بمهرها صدق الى مهر مثلها **قلنا** لا تهمة في حق اقراره لو وجوب
مهر المثل بحكم صحة النكاح لا باقراره الا ترى ان عند المنازعة قبل القول قولها الى مهر مثلها
ولهذا لو اقر لها بزيادة على مهر مثلها بطلت الزيادة لانه وجوبها باعتبار اقراره لها قبل
بالاقرار ولانه لو وهب لها حيته او وصى لها بوصية ثم تزوجها يبطل الا ان اذا تمليك بعد
الموت وهي وارثة له واذا اقر المريض لاخيه وللمقر ابن فمات الابن قبله ثم مات المقر
فان اقراره للاخ باطل لان المريض محجور عن الاقرار للوارث والاخ وارث لانه محجوب
بالابن فاذا زال الحاجب قبل الموت صار وارثا بسبب الموجود وقت الاقرار فاستند الحجر
اليه واما في الاجنبية فسبب الارث يثبت بعد الاقرار فلا يمكن اسناد الحجر اليها قبل العلم **قوله**
لان النسب انما يلزمه خاصة قال الله تعالى ادعوهم لابائهم وعلى المولود له رزقهن ولان نسبه
الولد على الاب خاصة فيكون اقراره على نفسه فيقبل من غير تصديق الام **قوله** على ما مر
اي في فصل التنازع بالايدي من كتاب الدعوى **قوله** ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد
والزوجة والمولى لما خاص بمعنى الا الولد اذا كان صغيرا في يده **قوله** لما بينا اي الاقرار
عا يلزمه **قوله** وذكرنا في اقرار المراة تفصيلا في كتاب الدعوى وهو ما ذكر في باب دعوى
النسب انها اذا كانت ذات زوج لم يجز دعواها حتى تشهد امراة على الولادة ولو كانت
معتدة فلا بد من حجة تامة عند ابي حنيفة وان لم تكن منكوحة ولا معتدة قالوا يثبت
النسب منها بقولها وقيل الاصح ايضا كذا في بعض الفوائد **قوله** ويقبل اقرار المراة
بالوالدين ذكر في بعض الفوائد ينبغي ان يقال بالولد لانه متى اراد تناقضا لان في هذا الكلام
تقيضان احدهما قال لهذه وصدقته يصح وذكر بعد هذا ان اقرار المراة بالولد لا يصح قلنا

هذا

هذا ليس تناقض لان الكلام ثم في اقرار المراة بالولد وهنا في اقرارها بالولادة ولا مانع من تصحيح
اقرارها بالوالدة بالولادة ولا مانع من صحة اقرارها بالوالدين اذ ليس فيه الزام النسب على الغير فيصح لكن
الكلام في تصديقها انه يصح في حال وهو ما اذا لم يكن ذات زوج ولا يصح في حال وهو ما اذا كان
لها زوج مثل اقرار المراة بالوالدين يصح مطلقا وتصديقها للابنها يصح في حال دون حال ومثل
هذا لا يعد تناقضا وهذا واضح جدا **قوله** ويعتبر لان سبب ثبوت النسب من الرجل هو الوطي
ولا يقف عليه غيره فيقبل فيه مجرد قوله وسبب ثبوت النسب من المراة الولادة ويمكن ان يقف
عليها غيرها وهي القابلة فلم يكن مجرد قولها فيه حجة **قوله** لان حكم النكاح باق لانه ما لم ينقض ملكه
الى انقضاء العدة ولهذا حل لها ان تغسله فاعتبر تصديقها لخلاف جانبها لانها مملوكة وداخل
عليها **قوله** يصح تصديق الزوج بعد موتها لانه الارث من احكامه وهذا لان التصديق قد
والاقرار قائم لان التكذيب من المقر لم يوجد والمقر به وهو النكاح يبقى بعد موتها في حق الميراث
لو ثبت النكاح معاينة فكذا اذا ثبت باقراره يبقى بعد موتها في حق الميراث وعند ابي حنيفة لا
يصح لان النكاح انقطع بالموت واما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما يبقى في حكم
كان قبل الموت ولا يصح التصديق على اعتبار الارث لان الارث لم يكن مستحقا وقت الاقرار
وانما استحق بعد الموت والتصديق اذا يستند الى وقت صحة الاقرار وتلك الحالة ليست بحالة
جريان الارث فلا يمكن اعتبار التصديق باعتبار وارث صحيح **فان قيل** اذا اقر رجل
لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب على الارث
ففي مسالتنا كذلك **قلنا** ان الكسب يقع ملكا من الابتداء لمالك الرقبة لانه في حكم المنفعة
ومن ملك رقبة ملك منافعها حكما لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا بان الكسب للمقر له فيصير
قياسه بمنزلة قيام العبد اما الارث فانما يثبت بعد موت المراة على سبيل الخلافة عنها بسبب
الزوجية لا بحكم الاقرار والمستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك تصديق
ارث مبتدا **قوله** لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون
اي لان قبض الدين انما يكون بقبض عين مضمون حتى يصير دينا فيتقاصان **قوله** كما هو كذلك
عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وقد مر في الصرف **قوله** على كون المقبوض مشتركا اي
كون الخمسين التي يقبضها غير المقر بينهما اما غير المقر فانه يقول الكل مشترك فيكون مشتركا
بكون ما قبضه مشتركا واما المقر فانه يزعم الدين بهذا المقدار وهو مشترك **قوله** ويرجع
الغريم على المقر لانتقاض المقاصة في ذلك القدر فيبقى دينا على الميت والدين مقدم
على الارث فيؤدي له الدين والله اعلم

كتاب الصلح

هو اسم بمعنى المصالحة وهو خلاف المخاصمة واصله من الصلاح وهو استقامة الحال وفي الشريعة عبارة عن عقد
يرفع النزاع وركنه الايجاب والقبول وشرطه ان يكون المبدل اي المصالح عليه مالا معلوما

Copyright © King Saud University

ان احتيج الى قبضه والا لاشترط معلومية فان من ادعى حقا في دار ادعى المدعى عليه قبله حقا في
حانوت فتصالحا على ان يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما
مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي
وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرفه بالالف واللام فيقتضي ان يكون كل صلح خيرا وكل
خير مشروع وبقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الحديث وانعقد الاجماع على
جوازه وهو ثلثة اضرب لان المدعى عليه عند دعوى المدعي اما ان يجيب او لا فان اجاب فلا يخلو اما ان يقر
او لا يقر وهو الانكار وان لم يجب فهو السكوت وانما لم ينوع السكوت عبارة عن عدم الجواب
والعدم قوله وهذا هذه الصفة لان البدل كان حلالا على الدافع حراما على الآخذ اذا
كان مبطلا في دعواه احل بالصلح فهذا صلح احل حراما وحرم المال المدفوع على الدافع فكان
حلالا قبل الصلح وكذا نقول ليس المراد هذا فان الصلح عن الاقرار لا يخرج عن هذا النص لان الصلح
في العادة يقع على بعض الحق فما زاد على المأخوذ الى تمام الحق كان حلالا للمدعي اخذه قبل
قبل الصلح فكان حراما على المدعى عليه منعه وحل بالصلح منعه وحرم اخذه فكان تأويله
احل حراما بعينه كالصلح على الخمر والخنزير فالصلح عليه بمنزلة الاحلال وكالصلح مع احدى
امرأتيه على ان لا يطأ ضرتها والحمل على هذا التأويل اولى لان الحرام المطلق والحلال المطلق
ما كان لعينه دون ما كان لغيره قوله ولنا ما تلونا وهو قوله تعالى والصلح خير فان قيل ينبغي
ان ينصرف الى المعهود السابق وهو ان يصالحا بينهما صلحا سبقت الآية الصلح بين الزوجين
لان المنكر اذا اعيد معرفا كان الثاني عين الاول كما في قوله تعالى فعصى فرعون الرسول قلنا
خرج مخرج التعليل لما سبق ذكره كانه قال صالحوا لان الصلح خير والعلة لا تتقيد بمحل الحكم
الذي علل فيه بل اينما وجدت العلة يثبت حكمها فهذا الاسم لو حمل على الجنس يدخل فيه المعهود
وغيره ولو حمل على المعهود يقتصر عليه فكان حمله على الجنس احق كما في قوله تعالى والله لا يحب
المفسدين للمصلح اي جميع المفسدين والمصلحين لا المعهود فحسب وكذا قوله تعالى واذا فعلوا
فاحشة الآية ثم قال قل ان الله لا يأمر بالفحشاء اي لا يأمر بجميع انواع الفواحش لا المعهودة فقط
فان قيل المدعى عليه انما يبذل المال ليدفع به خصومة المدعي عن نفسه والمدعي انما يأخذه
ليكف عن الخصومة معه بغير حجة وخصومته بغير حجة ظلم منه شرعا واخذ المال ليكف عنه
الظلم رشوة وهي حرام لقوله عليه السلام لعن الله الراشي والمرتشي قلنا دفع الرشوة
لدفع الظلم امر جائز وانما حرم ان لو دفع الرشوة ليظلم غيره على انه انما يكون رشوة اذا اخذ
الآخذ لا لجهة التي يدفعه اليه وهو بالاخذ لجهة الاعتياض عن حقه فلا يكون رشوة قوله
عن المفضية الى المنازعة لانه يحتاج الى قبضه فلا بد من اعلامه على وجه لا يبقى فيه منازعة
بينهما فلهذا لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة الا موصوفا مؤجلا كما في السلم قوله ويشترط

القدرة

القدرة على تسليم البدل حتى لو صالح على عبد بن عم عبد بن على عبد آبق لا يصح كذا في النهاية
قوله وان صالح عن مال بمنافع يعتبر في الاجارات فكل منفعة يجوز استحقاقها بعقد الاجارة
يجوز استحقاقها بعقد الصلح وما لا فلا حتى انه لو صالح على كني بيت بعينه الى مدة معلومة
جاز وان قال ابدا او حتى يموت لا يجوز وكذلك ان صالح على ان يزرع ارضا له بعينها سنين
ما لا يجوز وبدون بيان المدة لا يجوز كما في الاجارة ثم اعتبار الصلح عن مال بمنافع بالاجارة
على الاطلاق قول محمد رحمه الله حتى فسد الصلح بهلاك المدعى عليه او محل المنفعة سواء هلك
بنفسه او اتلفه احد مطلقا يتبين انه كان قبل استيفاء المنفعة رجع المدعي على جميع دعواه الا
اذا استوفى بعض المنفعة فيبطل دعواه بقدر ما استوفاه وهذا لان محمد رحمه الله جعل هذا
الصلح بمنزلة الاجارة والاجارة تبطل بموت المؤجر والمستأجر وبهلاك محل المنفعة بدليل
او بغير بدل فكذلك الصلح وعند ابي يوسف رحمه الله ليس الصلح كالاجارة من كل وجه حتى لو ادعى دارا
ثم صالح عنها على سكنى دار او خدمة عبد سنة او ركوب هذه الدابة الى بغداد او لبس هذا
الثوب شهرا ثم هلك المدعي او المدعى عليه او محل المنفعة قبل الاستيفاء يبطل الصلح قياسا
وهو قول محمد رحمه الله فيعود الى راس الدعوى وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات المدعى عليه لا يبطل
الصلح فالمدعي يستوفيه وان مات المدعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث
يقوم مقامه ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطال الصلح
بموت احدهما اعادة المنازعة بينهما والناس يتفاوتون في الركوب واللبس فلا يقوم الوارث
فيه مقام المورث للضرر الذي يلحق المالك فيفوت المعقود عليه يبطل ضرورة والاعتبار
في العقود بمعانيها كالهبة بشرط العوض بيع والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط مطالبة الاصيل كفالة قوله كما يختلف حكم الاقالة وهي فسخ في حق المتعاقدين بيع
جديد في حق ثالث قوله لانه يأخذها على اصل حقه اي يجعلها في ملكه ويبقى كما كان قوله
فيلزمه الشفعة باقراره كانه قال اشتريتها من المدعى عليه وهو ينكر قوله فيبقى العوض اي
بدل الصلح في يده اي في يد المدعي غير مشتمل على عوضه اي عوض المدعى عليه لان عوضه بقاء
الدار على ملكه من غير خصومة خصم فيها قوله رجع بكل المصالح عنه هذا اذا كان بدل
الصلح عينا ولم يجز المستحق الصلح فلو اجاز سلم العين للمدعي فرجع المستحق بقيمته على المدعى
عليه وان كان من ذوات القيم وان كان بدل الصلح دينا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون
بغير اعيانها او ثياب موصوفة مؤجلة لا يبطل الصلح بالاستحقاق ولكنه يرجع بمثله لانه بالاستحقاق
يبطل الاستيفاء فصار كانه لم يستوف بعد كذا في شرح الطحاوي قوله باع منه على الانكار
صورته اذا ادعى على آخر دارا مثلا وانكر المدعى عليه ثم صالح من هذه الدعوى على عبد وقال
بعت منك هذا العبد على هذه الدار صح الصلح وهذا اقرار منه بالدار للمدعي كما قيل

King Saud University

Copyright © King Saud University

في الاستحقاق في الفصلين اي فصل الاقرار والانكار قوله على ما قدمنا في البيوع اي في آخر باب الاستحقاق من كتاب البيوع قوله ولو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح هذا جواب ظاهر الرواية واما في ظاهر الرواية فانه يصح وفي الذخيرة رجل ادعى دارا في يدي رجل واصطلحا على بيت معلوم من الدار فهذا على وجهين ان وقع الصلح على بيت معلوم من دار اخرى للمدعى عليه فهو جائزة وان وقع على بيت معلوم من الدار التي وقع فيها الدعوى فذلك الصلح جائز لان في زعم المدعي انه اخذ بعض حقه وترك البعض وفي زعم المدعى عليه انه دفع عن يمينه فاذا جاز هذا الصلح هل يسمع دعوى المدعي بعد ذلك وهل يقبل بينة على ما في الدار ففيما وقع الصلح على بيت من دار اخرى لا يسمع دعوى المدعي باتفاق الروايات لان هذا معاوضة باعتبار جانب المدعي فكانه باع ما ادعى بما اخذ وفيما وقع على بيت من هذه الدار ذكر الشيخ الامام نجم الدين النسفي رحمه الله في شرحه انه يسمع و ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يسمع وجه قول من قال يسمع ان المدعي بهذا الصلح استوفى بعض حقه وابرأ عن الباقي الا ان الابراء عن الاعيان باطل فصار وجوده وعدمه بمنزلة وجه ظاهر الرواية ان الابراء لاقى عينا ودعوى فان المدعي كان يدعي جميع الدار لنفسه والابراء عن الدعوى صحيح وان كان الابراء عن العين لا يصح فان من قال لغيره ابرأتك عن دعوى هذا العين يصح الابراء حتى لو ادعاه بعد ذلك لا يسمع دعواه او يلحق به ذكر البراءة عن دعوى الباقي لان الابراء عن دعوى الاعيان يصح قوله والصلح جائز عن دعوى المنافع لانه في معنى البيع ودعوى المنافع بان ادعى في دار سكنى سنة وصية من رب الدار فجحد الوارث او اقر به فصالحه الوارث على شيء جاز اخذا لعوض عنها بالاجارة فكذا بالصلح قوله من عفى له من اخيه شيء اي من اعطى من له دم اخيه المقتول شيء وذلك بطريق الصلح وروي عن جماعة منهم عمر وابن عباس رضي الله عنهم ان الآية في عفو بعض الاولياء وتقديرها فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اي فليتبعه حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اي فليؤد القاتل الى العافي حقه وافيا غير ناقص كذا في التيسير قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى في صلح ههنا فلهذا لو صالح من دم العمد على سكنى دار او خدمة عبد جاز ولا تصلح مهرا ولو صالح عليها او على ما في بطن امته او على ثمر نخله سنين معلومة لم يجز لانه لا تصلح مهرا وكل جهالة تحملت في النكاح تحمل ههنا وما يمنع صحة التسمية يمنع وجوبه في الصلح لان كل واحد منهما من جنس ان المال يجب فيهما ابتداء لا في مقابلة مال وعند فساد التسمية سقوط القود ويجب بدل النفس وهو الدية نحو ان يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل في النكاح الا انهما يفترقان من وجه وهو انه اذا

تزوجها

تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح على خمر لا يجب شيء ولان وجوب المهر في النكاح من ضرورة العقد لانه لم يشرع الا بالمال اذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية اصلا وصار كانه تزوجها ولم يسم لها مهرا ولم يجب مهر المثل ووجوب المال في الصلح ليس من ضرورة الصلح فانه لو عفا ولم يسم مالا لم يجب شيء قوله لانه لا يجب بمطلق العفو يعني لما لم يسم مالا صار في الصلح عن دم العمد صار ذكر الخمر والسكوت عنه سواء وفي مطلق العفو عن القصاص وفي مطلق العفو عن القصاص لا يجب شيء وكذا في ذكر الخمر في الصلح قوله وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين اي فساد التسمية كما اذا تزوجها على ثوب وفي تسمية الخمر والخنزير قوله و هذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح والوجه في الفرق بينهما ان حق الشفعة حق التملك محله هو مملوك للغير وقبل التملك لا حق في المحل بوجه ما اما في باب القصاص المحل صار مملوكا في حق ما ثبت الفعل حتى اذا وقع الفعل انصف بكونه حقا واذا صار المحل مملوكا في حق اقامة الفعل قبل الفعل لظهور الحق في المحل فملك الاعتياض قوله غير ان في بطلان الكفالة روايتين نحو رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وبه يفتي وهو رواية عن ابي حنيفة رح ومحمد رح في رواية ابي سليمان رح لا تبطل وجه البطلان هو ان السقوط لا يتوقف على القبض واذا سقط لا يعود وفي رواية الكفالة بحالها وجهه ان الكفالة بالنفس بسبب من الوصول الى المال فاخذ حكم من هذا الوجه فاذا رضي بسقوط حقه بعوض لم يسقط مجانا قوله بخلاف الصلح عن القصاص حيث يجوز الزيادة على قدر الدية وبعرف ان ايضا في الصلح على الخمر والخنزير يذكر في المبسوط ولو كان القتل خطاء اي في الصلح عن القتل على الخمر والخنزير كان عليه الدية لان هذا صلح عن مال فيكون نظير الصلح عن سائر الديون اذا بطل يرجع الى المال الواجب كما كان وهو الدية قوله كيلا يكون افتراقا عن دين بدين اي عن دين الدية بدين بدل الصلح فلو قضى القاضي باحد مقاديرها فصالح على جنس آخر منه صورته قضى القاضي بمائة من الابل ثم صالح اولياء القتيل على اكثر من مائتي بقرة فهو جائز لان القاضي عين الواجب في الابل فخرج غيره من ان يكون واجبا بهذا القتل فكان ما يعطى عوضا عن الواجب يصح اذا كان يدا بيد ما لو صالح على شيء من المكيل او الموزون سوى الدراهم او الدنانير الى اجل فهو باطل لان القاضي عين الحق في الابل وكان هذا اعتياضا عن دين بدين فلا يجوز قوله على ما تعين اي شرعا قوله ولا يجوز من دعوى حد صورته رجل اخذ زانيا او سارقا او شارب خمر واراد ان يرفعه الى الحاكم فصالح المأخوذ على مال على ان لا يرفعه الى السلطان فالصلح باطل ويرجع عليه بما دفع من المال وكذلك لو ادعى عبدا على رجل قبضا فصالح المدعى عليه بدراهم على ان يعفو عنه فالصلح باطل قوله ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها اذا ادعت المرأة المطلقة على زوجها نسب ولدها بان قالت

Copyright © King Saud University

انه اسنه بهما او يجد الرجل فصالح من النب على شئ فالصلح باطل لان الفيث حقا للعامة
اليه لا حقا لها فلا يملك الاعتياض عنه وكذا لو كان لو جعل ظلة او كنيفا على طريق العامة فخاصمه
رجل فاراد طرحه فصالحه على مال لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين فلا يجوز ان يصالح
واحد على الانفراد وانما يكون لكل احد حق الخصومة في الدفع والمنع حسبة بخلاف ما لو
كان على طريق غير نافذ فصالحه رجل من اهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق مملوك
لاهله فيظهر في حق الاقرار والصلح معه مفيد لانه يسقط حقه ثم يتوصل الى تحصيل
رضاء الباقين فجاز كذا في الايضاح ولو صالح الامام صاحب الظلة على دراهم على ان
يترك الظلة جاز الصلح وان كانت في طريق العامة اذا كان في ذلك صلاح المسلمين ويضع
ذلك في بيت المال لان الاعتياض من المشترك العام جائز من الامام فانه لو باع شيئا من
بيت المال يجوز قوله ويحل للمراة ان ياخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه هذا
عام في جميع انواع الصلح قوله وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها ثم خالعها على اصل
المهر دون الزيادة قوله فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة او لا يسلم له شئ من هذه
الفرقة واما المراة هي التي يسلم لها نفسها وتتخلص عن الزوج وانه لم يجعل فرقة في الحال
على ما كانت عليه قبل الدعوى ويكون هي على دعواها فلا يكون ما اخذته عوضا عن شئ
فلا يجوز لانه رشوة محضة من غير دفع خصومة وعليها رده قوله ولهذا يصح على
حيوان في الذمة الى اجل هذا ايضاح لكونه بمنزلة الاعتاق على مال اذ لو كان بطريق المعاوضة
لما جاز هذا لان الحيوان لا يثبت دينا في الذمة في المعاملات في المعاوضات وقوله الى اجل
للتاكيد فان ما لا يثبت دينا في الذمة يثبت بذكر الاجل المعلوم كما في السلم والسلم لا يجوز في
الحيوان فيكون ذكر الاجل موكدا للنفي وجوب الحيوان دينا في الذمة قوله يكون الكفن
عليه يعني بهذا ان المغصوب بعد الهلاك باق على ملك المغصوب منه فكان الصلح واقعا
عن ملكه في الثوب المستهلك ولا ربوا بين الثوب والدراهم قوله اذا حكم في مثل صورة قد
يعني هذا هو الوجه الثاني لابي حنيفة رحمه الله وهو حق المالك في مثل المغصوب صورة ومعنى
وايجاب الثوب والحيوان ممكن في الذمة كما في النكاح والدية وانما ينتقل حقه من المثل
الى القيمة ضرورة تعذر استيفاء المثل بعجز من له ومن عليه عن رعاية المماثلة فاما
لا ضرورة في ايجاب المثل لان الله تعالى علم بذلك فما لم يقض القاضي بالقيمة يبقى المثل واجبا
في ذمته فيقبل قضاء القاضي بالقيمة اذا تراضيا على الاكثر بدل الصلح عوضا عن ملكه ان
عن المثل صورة ومعنى لا عن القيمة فلا يتحقق الربا كما اذا كان العبد او الثوب قائما
بخلاف ما لو قضى القاضي بالقيمة ثم صالحه على اكثر من القيمة لان الحق قد انتقل
الى القيمة وبخلاف ما اذا كان العبد بين رجلين فاعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر

مع العتق

مع العتق على اكثر من قيمة نصيبه فالفضل باطل اتفاقا لان القيمة في العتق منصوص عليه قال
عليه السلام من اعتق شقصا من عبد مشترك بينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه وتقدير
الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما مر لانه غير منصوص
عليه فلم يقم فيها دلالة التقدير فان قيل لو صالحه على طعام موصوف في الذمة الى اجل
لا يجوز ولو كان ما يقع عليه الصلح بدلا عن العبد لجاز لان الطعام الموصوف بمقابلة العبد
يكون ثمنا وبمقابلة القيمة يكون بيعا قلنا انما يجوز لان العبد المستهلك لا يتوقف على
اثره وما لا يتوقف على اثره يكون في حكم الدين بالدين حرام فلهذا لم يجز الصلح على طعام
موجل لان الطعام بدل عن القيمة لما جاز لانه بيع ما ليس عند الانسان باب التبرع
بالصلح والتوكيل به قوله ما صالح عنه اي عن الموكل قوله اما اذا كان الصلح عن مال
بمال فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل هذا اذا كان الصلح عن اقرار واما اذا كان
الصلح عن انكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل في شئ وفي المبسوط في باب الصلح في العقار ولو
ادعى رجل في دار حقا فصالحه عنه آخر بامره او بغير امره الى ان قال ولا يجب المال على المصالح
الا ان يضمنه الذي صالحه لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق فيكون بمنزلة
الطلاق بجعل والعفو عن القصاص بمال فذلك جائز مع الاجنبي كما يجوز مع الخصم الا
ان الاجنبي ان ضمن المال فهو عليه بالالتزام ولا يدخل في ملكه بازاء ما التزم شئ لان
المسقط يكون متلاشيا ولا يكون داخلا في ملك احد وان كان لم يضمن لم يلزمه المال
بمطلق العقد ولكن ان كان الصلح بامر المدعى عليه فالمال على المدعى عليه لان الاجنبي يعبر
عنه الا انه لا يستغني عن اضافة العقد اليه وان كان بغير امره فهو موقوف على اجازته
لان المال لم يجب على المصالح فلا يمكن ايجابه على المدعى عليه بغير رضاه والمدعي لم يرض
بسقوط حقه الا بعوض يجب له فيتوقف على رضاء المدعى عليه قوله كالفضولي في الخلع و
من جانب المراة وقوله ويكون متبرعا بالواو قوله بخلاف ما اذا كان بامره اي لا يكون متبرعا
على المدعى عليه قوله ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعى وانما ذلك للذي في يده
لتصحيحه بطريق الاسقاط اي الاسقاط المدعى عن المدعى عليه والمسقط يكون متلاشيا
فلا ينتقل شئ ولا فرق في هذا اي في ان لا يكون للمصالح شئ فيما اذا كان مقرا او منكرا
لانه يصير متبرعا عليه بهذا العقد فصار كما لو تبرع بقضاء الدين بخلاف ما لو كان المدعى
عينا والمدعى عليه مقر فانه يصير مشتريا لنفسه ان كان بغير امره لان العين يصح شراؤه
من المالك وان كان في يد غيره واما شراء الدين من غير صاحبه لا يجوز لانه تمليك
الدين من غير من عليه الدين قوله ولو قال صالحتك على الف فالعقد موقوف
هنا اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم بل ينفذ هنا على المصالح ولذا توقف في

Copyright © King Saud University

قوله صالح فلانا وفي الذخيرة اذا صالح الرجل عن المدعى بغير امره لا يخلو اما ان قال المصالح صالح فلانا على
الف درهم من دعواك على فلان ففي هذا الوجه يتوقف الصلح على اجازة المدعى عليه ولا ينفذ لا على
المصالح ولا على المدعى عليه وان رد المدعى عليه بطل وان اجاز جاز وكان المطالب بالمال هو المدعى
واما ان قال المصالح صالحني ففي هذا الوجه ينفذ الصلح على المصالح وكذلك اذا قال صالح فلانا
على الف من مالي فهو حتم وكذلك صالح فلانا على الف على اني ضامن ففي هذا الوجه ينفذ الصلح
على المصالح ولا يرجع بالمال على المدعى عليه ولا يصير المدعى به مملوكا له واما اذا قال صالحتك على
الف درهم ولم يزد على هذا اختلف المشايخ فيه بعضهم قالوا هو نظير قوله صالحني وقال بعضهم
هو نظير قوله صالح فلانا **باب** الصلح في الدين **قوله** وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق
بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة اي اذا كان بدل الصلح من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى
عليه بعقد مداينة جرت بينهما كان الصلح استيفاء لبعض حقه واسقاطا للبعض لا معاوضة
وانما قال وهو مستحق بعقد المداينة والحكم في الغصب والاتلاف كذلك لان الاصل هو الواجب
بالسبب المشروع فلذلك وضع المسألة فيه **قوله** اعتياض عن الاجل وهو حرام وهذا لان الاجل
صفة كالجودة فلو والاعتياض عن الجودة لا يجوز فكذا عن الاجل لان ربا الشرع حرم ربا
النسيئة وليس فيه الا مقابلة المال بالاجل شبهة فلان يكون مقابلة المال بالاجل حقيقة حراما اولى
الاصل فيه ان الاحسان متى وجد من الطرفين يكون محمولا على المعاوضة كهذه المسألة فان الدائن
اسقط من حقه خمسمائة والمديون اسقط حقه في الاجل في الخمسمائة الباقية فيكون معاوضة
بخلاف ما اذا صالح من الف على خمسمائة فانه يكون محمولا على اسقاط بعض الحق بعد الحلول
لان الاحسان لم يوجد الا من طرف رب الدين **قوله** او كان معنى الاسقاط فيه الزم لان الصلح
عبارة عن الحطيطة والحطة في هذا اكثر فيكون معنى الاسقاط فيه الزم **قوله** لكونه مستحقا
عليه اي قبل الصلح بحكم المداينة وبعض ما يجب بالشرط واداء الخمسمائة غدا كان واجبا قبل
الشرط فلم يصح الشرط لعدم الفائدة فبقي ابراء مطلق والدليل على ان النقد لا يصلح عوضا ما قال
اصحابنا رح فيمن باع من آخر عبدا بالف درهم على ان ينقده الثمن في الوقت المذكور لا يبطل البيع
لان النقد كان واجبا فلم يصح ان يكون عوضا عن البيع كذا هذا **قوله** كما اذا بدأ بالابراء بان قال
ابراتك على خمسمائة من الالف على ان تعطيني خمسمائة غدا **قوله** ولهما انه يعني ان الابراء
لم يثبت مطلقا بل مقيدا بشرط وهذا لان قوله على انه خرج مخرج الاعواض كقولك
ابراتك على كذا وصالحتك على كذا فيكون هذا منه ابراء بازاء تعجيل خمسمائة غدا وما يقابله
الابراء وهو اداء خمسمائة غدا وما يقابله الابراء وهو اداء خمسمائة غدا ان لم يصلح عوضا
للابراء يصلح شرطا لان تعجيل بعض المال قد يكون فيه عرض من فوات الكل عند افلاسه
او توسله الى التجارة او بلغ منه وقد بدأ بالاداء ثم اعقبه بالابراء وما وجبا للابراء الا والاداء

موقع

مقرون به ولا يصلح عوضا ويصلح شرطا فتقيد به **قوله** وهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة
يعني ان المعاوضة عبارة عن مقابلة الشيء بالشيء وفي الشرط المقابلة موجودة لان فيه مقابلة
الشرط بالجزاء فجاز ان يستعار كلمة المعاوضة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه **قوله** او لانه
متعارف يعني ان المجوز استعمال مثل هذا الشرط في الصلح معنيين احدهما ان يكون كلمة المعاوضة
وهي كلمة على للشرط لوجود معنى المقابلة بين الشرط والجزاء والثاني كون مثل هذا الشرط مستعارة
متعارفا فيه والابراء مما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به والفرق بين التقييد بالشرط و
التعليق به ثابت لفظا ومعنى اما لفظا وهو ان في التقييد بالشرط لا يستعمل لفظ الشرط
كان واذا ومتى واما معنى فان في التقييد الابراء بالشرط يحصل الابراء في الحال لوجود سببه
فيه حتى اذا لم يوجد المقيد به يعود الدين واما في تعليق الابراء بالشرط لا يوجد الابراء
اصلا في الحال لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط وذلك لان التقييد بوقت بمنزلة
الاضافة الى ذلك الوقت والاضافات اسباب في الحال بخلاف التعليق حتى ان من حلف لا يطلق
امراته فاضاف الطلاق الى الغد وقال انت طالق غدا يحنث في يمينه ولو علق طلاقها بمجيء الغد فقال
انت طالق اذا جاء غد لا يحنث ولا يقال كلمة على دخلت على البراءة دون الاداء فكيف يكون
الاداء شرطا للبراءة وما دخل عليه كلمة على هو الشرط كما في قوله انت طالق على الف سحر
على الف وكقوله تعالى يبايعنك على ان لا يشركن بالله شيئا لانا نقول دخولها على البراءة بمنزلة
دخولها على الاداء بحكم المقابلة الثابتة بينهما وعدم انفكاك احدهما عن الآخر وهو نظير
ما مر في الخلع من هذا الكتاب ما اذا قالت المراة لزوجها طلقني ثلاثا على الف درهم فطلقها
واحدة لا شيء عليها عند ابي حنيفة رح لانها طالبة صارت للثلث بكلمة قصدا ولكل واحد
منهما شرط الصاحبه وصار بحكم الاتحاد دخولها على الاطلاق **قوله** كما في الحوالة فانها مقيدة
بشرط السلامة حتى لو مات المحتال عليه مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وفي الفوائد
الظهيرية لهما ان هذا حط بعوض وقد فات فيبطل الحط كما لو حط بشرط ان يعطيه بها
رهنا او كفيلا فلم يعط وبيان ان هذا حط بعوض انه حط خمسمائة بشرط ان ينقد خمسمائة
في الغد فيصلح عوضا عن الحط لان الطالب ينتفع به كما هو المعروف وما قال ابو يوسف رح
ان النقد لا يصلح عوضا عن الحط لان النقد كان واجبا قبل الحط قلنا الحط كان واجبا
في المداينة وبعد الشرط جعل عوضا عن الحط لان الطالب ينتفع بنقد واجبا مرة اخرى
ليصير عوضا عن الحط فيبطل الحط بفواته اذ الثابت تبعه بعبرة ثانيا مرة اخرى اذا افاد
اعتبار ثانيا مرة اخرى بدليل ان ظاهر من امراته مرارا صح لان الثابت مرارا يفيد
شيئا وهو وجوب الكفارة فكذلك ههنا النقد يعتبر واجبا مرة اخرى ليصير عوضا عن
الحط فيبطل الحط بفواته **قوله** ويخرج البداية بالابراء وهو الوجه الثالث المذكور بعد

Copyright © King Saud University

هذا وفيه العذر لما قام عليه ابو يوسف فيه بقوله كما اذا بدأ بالابراء قوله واداء الخمسمائة لا يصلح
عوضا مطلقا لان العوض ما لا يكون حاصلا له وههنا اداء الخمسمائة حاصل له لانه واجب
عليه بدون ابراء بعضه قوله فوقع الشك في تقييده اي تقييد الابراء بالشرط بعدما اطلق
الابراء لان اداء الخمسمائة ان صلح مقيدا من حيث انه يصلح شرطا لا يصلح مقيدا من حيث انه
يصلح عوضا فوقع الشك في التقييد فلا يثبت بالشك بخلاف ما اذا بدأ باداء خمسمائة لان
الابراء حصل مقيدا باداء خمسمائة وباعتبار صلاحيته شرطا لا عوضا وقع الشك في اطلاق
الابراء فلا يثبت البراءة الا بالاطلاق بالشك وفي المسألة الخامسة الابراء مطلق لان اداء الخمسمائة
لا يصلح عوضا وكذا لا يصلح الابراء لان تعليق البراءة بالشرط الصحيح باطل وهذا لان الابراء
اسقاط حتى لا يتوقف على القبول وفيه معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتعليق التمليك بالشرط
كالبيع ونحوه لا يجوز وتعليق الاسقاط بالشرط كالعتاق والطلاق جائز ففي الابراء المشتمل على
المعنيين قلنا يصح اذا لم يصرح بالشرط ولا يصح اذا شرط عملا بالشبهين قوله ليس بكره لانه
يمكنه دفع هذا باقامة البينة او الاستحلاف لينكل الاخر على ان الصلح على الانكار يجوز ولا يتحقق
فيه معنى الاكراه لما قلنا الا ان فيه نوع اضطرار وهذا لا يمنع نفاذ التصرف كشراء الطعام بثمن
غال عند الحاجة او بيع عين من اعيان ماله بالطعام لياكله كان تصرفه نافذا وان كان مضطرا
فيه فكذلك هذا اذا اخر او حط مضطرا **باب** في الدين المشترك قوله واذا كان الدين بين
شريكين وضع المسألة في الدين لان في العين بين الشريكين اذا صالح احدهما من نصيبه على
شيء لم يشركه الاخر فيه وذكر في باب الصلح في الغصب من صلح المبسوط ولو ان رجلين ادعيا
في دار دعوى ميراث عن ابيهما فصالح احدهما على مال لم يشركه الاخر فيه سواء كان المصالح
منكرا او مقرا لانهما تصادقا على ان المدعى ملكهما وان المصالح بائع لنصيبه وتصادقهما
يكون حجة في حقهما قوله فصالح احدهما من نصيبه قيد بالمصالحة لانه اذا اشترى احدهما
بنصيبه سلعة لم يشركه الاخر فيها على ما يجيء في الكتاب وقيد بالمصالحة على ثوب ليستقيم ما
ذكره من حكم الخيار للقابض وهو قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين قوله وان شاء اخذ
نصف الثوب لان له حق المشاركة فان قيل ينبغي ان لا يكون له حق المشاركة في الثوب لان
الصلح على خلاف جنس الحق يكون معاوضة وفي المعاوضة لا سبيل للشريك على الثوب كما
هنا قلنا تذكر في مبسوط خواهرزاده ان الصلح على خلاف جنس الحق شراء في عامة
الاحكام واما المعاوضة المحضة فليست باستيفاء لعين الحق بوجه ما ويظهر هذا في
مسائل منها اذا صالح من الالفين على عبد وصاحبه مقر بالدين ومقبول العبد ليس له ان
يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تصادقا على انه لا دين يبطل الصلح ولو تصادقا على انه لا
دين لا يبطل الشراء ولو ادعى دارا في يد انسان انها له فجحده ثم صالحه على ان اشترى الدار كان

المدعى

المدعي بان له كان للشفيع ان ياخذها بالشفعة بقيمة الالف ولو صالحه عن الدار على انها امته بعد
جحد الدار لا يصير مقرا له فلا يكون للشفيع الشفعة قوله الا ان يضمن له شريكه ربع الدين
استثناء من قوله ان شاء اخذ نصف الثوب فان الشريك اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى له
ولاية الشركة في نصف الثوب ويجوز ان يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه
فان الشريك اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بعد
والاحسن ان يكون من قوله فشريكه بالخيار الا اذا ضمن له شريكه ربع الدين ثم لا يبقى له
الخيار البتة قوله اذا قبض احدهما شيئا منه اي بطريق الاستيفاء قوله لانه ازداد بالقبض
لان للمقبوض مزية على الدين قوله كثمن المبيع اذا كان صفقة واحدة بان جمع اثنان عبدين
لكل واحد منهما عبد وباعا صفقة واحدة فيكون ثمنها على الاشتراك ولو اختص كل واحد
من العبدين باحدهما وثمن المال المشترك بان باعا مشتركا بينهما صفقة واحدة والموروث
بينهما بان مات مورثهما وله دين على رجل فورثناه قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه ازداد
بالقبض قوله فلو الزمناه بربع الدين يتضرر به لان الصلح مبناه على الحط فربما كان المصالح
لا يبلغ بقيمته الا ربع الدين فيتضرر به فيخير بين ان يدفع نصف المصالح عليه او ربع الدين
لما ذكرنا بخلاف ما اذا اشترى احد الشريكين من المديون شيئا بحصته حيث كان له ان يضمنه
ربع الدين لان مبنى البيع لا بسبب الدين لان عقد الشراء سبب للملك بنفسه فلا يستغني عن
قيام الدين السابق ولا كذلك عقد الصلح قوله لانه قابض بنصيبه لا مقتض لان اخذ الدينين يصير
قضاء عن اولهما لا سبق الوجوب قوله لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض وانما قلنا انه
هنا قسمة لان نصيب احدهما يصير مخالفا لنصيب الاخر في الوصف والحكم اما في الوصف فلانه
يقال لاحد النصيبين حال وللاخر مؤجل واما في الحكم فان للساكت ان يطالب المديون
نصيبه في الحال والمؤجل لا والقسمة ليست الا ان يصير احد النصيبين مخالفا للاخر وقسمة
الدين قبل القبض لا يجوز لان القسمة تمييز وما في الذمة لا يتصور فيها التمييز ولان القسمة تمليك
كل واحد منهما نصف نصيبه من شريكه عوضا عما يملكه عليه وتمليك الدين من غير من عليه
الدين لا يجوز لان في ذلك نقلا للوصف من محل الى محل اخر قصدا والانتقال على الاوصاف
محال والدين وصف شرعي في الذمة يظهر اثره عند المطالبة والفرق لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
بين الابراء المؤقت والمؤبد حيث قالا لو انصح الابراء هو انه لا يبقى نصيبه بعد الابراء اصلا
والقسمة انما تكون مع بقاء نصيب كل واحد منهما وفي التاخير يبقى نصيب كل واحد منهما في اصل
الدين على حاله حتى ان الاخر اذا قبض نصيبه ثم حل الاجل كان للموخر ان يشاركه في المقبوض
ويكون ما بقي مشتركا بينهما ولان في تصرف الموخر اضرارا بشريكه واحد الشريكين اذا تصرف
في نصيبه على وجه يلحق الضرر بصاحبه لم ينفذ تصرفه في حق شريكه كما لو كاتب احد الشريكين

Copyright © King Saud University

العبد بنصيبه كان للآخر ان يبطل الكتابة وهنا في التاخير ضرر دون الابراء بيان ذلك انه يجعل مؤنة
المطالبة بجميع الدين على شريكه لانه اذا اخر نصيبه ثم استوفى الآخر نصيبه فهو يشاركه عند
حلول الاجل في المقبوض فلا يزال يفعل هكذا حتى يكون مؤنة المطالبة في جميع الدين على شريكه
فيه من الضرر ما لا يخفى بخلاف الابراء اذ ليس فيه اضرار لشريكه لانه لا يشاركه فيما يقبض بعد
ذلك **قوله** والاستيجار بنصيبه ينقض صورة المسئلة ما اذا كان لرجلين على رجل الف درهم
فاستاجر احدهما بنصيبه من الالف دارا من الغريم سنة وسكنها فاراد شريك المستاجر
اتباعه فان له ذلك لانه صار مقتضيا نصيبه وقد ينقض ما ذكرتم المالكين كلو حبه لان ما
عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كلو حبه عنده بعد العقد عليها حتى لم يثبت الحيوان
دينا في الذمة بدلا عن المنفعة كما في غيرها من الاموال وروى ابن سماعة عن محمد رح هذا
اذا استاجر احدهما بخمسمائة اي مطلق من غير اضافة الى نصيبه من الدين ثم صار مقاصا قوله
فاما اذا استاجر بحصته من الدين لم يكن للآخر ان يرجع عليه بشيء وجعل هذا بمنزلة النكاح
لان المنفعة ليست بمال مطلق فاذا كان بدلا بنصيبه المنفعة للتضمين باعتبارها لا مطلقا
لشريكه **قوله** وكذا الاحراق مثل صورة المسئلة المختلف فيها ما اذا ادعى احدهما على الثوب
المديون فاحرقه ولما اخذ الثوب ثم احرقه فان للشريك ان يتبع المحرق بالاجماع لانه
يكون الاستهلاك بعد الغصب **قوله** والتزوج به اي التزوج بنصيبه من الدين ايضا
لا يرجع الآخر على المتزوج وانما قيد بنصيبه لانه لو تزوج احد الشريكين المديونة على خمسمائة بنصيبه
خمسمائة ولكن لم يضف الى الدين فان للشريك الساكت ان يرجع صار مستوفيا نصيبه بطريق المقاصة
فيرجع الساكت عليه وكذلك اذا اضاف المهر الى الدين لان النكاح تعلق به فسقط بنفس
القبول فصار بمنزلة الاداء وهنالك لا يرجع فكذا هنا **قوله** في ظاهر الرواية احترازا عما روى بشر
عن ابي يوسف رح ان للآخر ان يشاركه فيضمنه نصف نصيبه من الدين لان التزوج بالدين
المشترك قبض لان التزوج وان كان لفظا فهو قبض معنى فصار كتزوجها بخمسمائة الدين وفي
على ظاهر الرواية انه متى تزوجها على نصيبه من الدين لم يصر الزوج مقتضيا لنصيبه من الدين
لانه تعلق النكاح بعين المضاف اليه فصار ذلك تمليكا بالنكاح ثم يسقط من ذمتها
عين نصيب الزوج فكان بمنزلة الهبة والابراء بخلاف ما لو تزوجها بخمسمائة **قوله** واذا كان
السلم اي المسلم فيه بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على راس المال لم يجز عند ابي حنيفة
ومحمد رح وقال ابو يوسف رح يجوز والحاصل انه يتوقف الصلح عندهما على اجازة صاحبه
فان اجاز نفذ عليهما وكان بينهما ما صالحاه وكان ما بقي بينهما وما بقي من السلم بينهما وان رده
بطل اصلا وبقي الطعام كله بينهما وعند ابي يوسف رح الصلح جائز بين المصالح والمسلم اليه
لان الصلح عن المسلم فيه على راس المال كالصلح عن سائر الديون على احد لكان عنده ثم

العقد

احد

احد مرفي الدين اذا صالح عن نصيبه مع المديون بنصيب من ذلك الدين كذا هنا **قوله** بخلاف شراء
العين جواب لقوله ولنا اذا اشتريا عبدا فاقال احدهما اي الاقالة في العين تصرف في الحكم في حالة
البقاء والبقاء يستغني عن العقد وههنا التصرف في ابطاله وانه في العقد وهو منعقد بهما
فلا يجوز ان ينفرد احدهما بالابطال باعتبار نصيبه في حكمه في حال ثبوته ابتداء وحالة الدين كحالة
ان يقبض والحكم يفتقر الى العلة ثبوتا ولانه لو جاز الصلح من احدهما يؤدي الى ان يسقط
حق رب السلم عن المسلم فيه ويتقرر في راس المال ثم يعود في المسلم فيه وذا لا يجوز كما لو تقايلا
السلم ثم اراد فسخ الاقالة فانه لم يجز بخلاف بيع العين وهذا لان الآخر اذا اختار المشاركة
في المقبوض مع المصالح كان ما بقي من طعام المسلم فيه مشتركا بينهما وقد سقط بالصلح حق
المصالح عن المسلم فيه وتقرر حقه في راس المال فلا يجوز ان يعود حقه بعد ذلك في المسلم فيه لانه لو
عاد لعاد بعد بطلان الاقالة والاقالة في باب السلم لا تحتمل الابطال **قوله** قالوا هذا اذا خلطا
راس المال اي هذا الخلاف فيما اذا خلطا راس المال فان لم يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول و
هو ما ذكر انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة وهو على الخلاف لان دلالة
الاول لا تتفاوت بين الاختلاط وعدمه وعلى الوجه الثاني وهو ما ذكر انه لو جاز لشاركه
في المقبوض هو على الاتفاق اي جوابهما هذا الجواب ابي يوسف رح لان ذلك انما يتحقق باعتبار
مشاركة الساكت مع المصالح في المقبوض وليس له حق المشاركة هنا اذا لم يكن بينهما شركة
فيما نقدا من راس المال والصحيح ان الخلاف في الفصلين ثابت لان عدم جواز الصلح فيما اذا خلطا
بعلتين وفيما اذا لم يخلطا بعلة واحدة وذكر في الايضاح ان دعوى الاجماع فيه غير سديد لان
الشركة في المقبوض انما تلزم من الشركة في دين السلم والشركة في دين السلم من اتحاد عقدهما
وذلك ثابت فلا يختلف بين ما اذا خلطا راس المال وبين ما اذا نقد كل واحد منهما نقدا على حدة

باب في التخارج

قوله هو من الخروج وهو ان يصطلح الورثة على بعضهم بشيء معلوم
وصورته امرأة ماتت وتركت زوجها وبنتا واختا لام ففي المسئلة الربع والنصف و
الباقي فالتركة دنانير واثواب فصالح الزوج على الاثواب فالدنانير تقسم بين البنت والاخت
على ثلاثة اسهم سهمان للبنت وسهم للاخت **قوله** لانه امكن تصحيحه بيعا انما تعين البيع في الجواز
دون الابراء عما زاد من نصيبه قلنا وكذا بالابراء لانه لا يلزم الابراء عن الاعيان غير المضمونة وهو
لا يصح فتعين البيع **قوله** وفيه اثر عثمان رض وهو ان عمرو بن دينار روى ان احدى نساء عبد
الرحمن بن عوف رض صالحوها على ثلاثة وثمانين الفا على ان اخرجوها من الميراث وهي
تماضر وكان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة رض في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر
كانت له اربع نسوة واولاد فحظها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءا فصالحوها على نصف
ذلك وهو جزء من اربعة وستين جزءا واخذت بهذا الحساب ثلثه وثمانين الف دينار **قوله**

Copyright © King Saud University

لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح الاصل انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الاخر وان
اختلفا ناب المضمون عن غير المضمون ولا ينوب غير المضمون عن المضمون **قوله** لا بد من
تجديد القبض وهو ان يرجع الى الموضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من نقضه **قوله** فلا بد
ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك الجنس قال الحاكم ابو الفضل انما يبطل الصلح على
مثل نصيبه واقل منه حال الدعوى في حال التصادق واما في حال المناكرة فالصلح جائز لانه يعطي
المال لقطع الخصومة فلا يتمكن الربوا وقيل انه يبطل في الوجهين لانه معاوضة في حق المدعي
فيتمكن فيه الربوا **قوله** احترازا عن الربوا الانه لا يمكن تجويز الصلح بطريق الابراء لان الابراء
عن الاعيان يبطل لان الاسقاط انما يستعمل في الديون لا في الاعيان وهنا عين فتعين تجويزه
بطريق المعاوضة ولا يمكن ههنا لانه يبقى شيء من التركة بلا شيء في ضمن المعاوضة فيكون
ربوا فلا بد من ان يزيد على نصيبه حتى ينتفي الربوا **قوله** ويكون الدين والصلح باطل في الكل اي
في العين والدين جميعا اما في حصة الدين فلكونه تمليك الدين من غير من عليه الدين واما
في حصة العين فلان الصلح لما فسد في حصة الدين يفسد في حصة العين ايضا لاتحاد
الصفقة وهذه مسئلة ترد نقضا على ابي يوسف ره ومحمد ره فيما اذا اسلم حنطة في شعير
وزيت فانهما قالا لا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا افسدا في الكل وقيل
في الفرق لهما ان بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن وقيل بطلان الصلح في الكل
عنده وعندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين **قوله** قيل لا يجوز لاحتمال الربوا وهو قول
الشيخ الامام ظهير الدين المرغيناني ره فقال لا يجوز الصلح على المكيل والموزون لما كان فيه
احتمال الربوا بان كان في التركة مكيل او موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح او اقل
وقيل يجوز وهو قول الفقيه ابي جعفر ره فقال يجوز هذا الصلح لانه يحتمل ان لا يكون في التركة
من جنس بدل الصلح ولو كان يحتمل ان يكون نصيبه اقل من بدل الصلح فكان القول بعدم الجواز
موديا الى اعتبار شبهة الشبهة وهي ساقطة الاعتبار وفي فتاوى قاضيخان والصحيح ما قاله
الفقيه ابو جعفر ره لان الثابت ههنا شبهة الشبهة وذلك لا يعتبر **قوله** والاصح انه يجوز
لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد البقية من الورثة ونفس الجهالة غير مانعة
لجواز البيع بل الجهالة المفضية الى المنازعة مانعة الا ترى انه لو باع قفيزا من صبرة يجوز
البيع مع الجهالة وكذلك لو باع المغصوب بعينه من الغاصب والغاصب لا يعلم مقداره
يجوز البيع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعرفون ما مقداره لا يجوز لانه لا
يحتاج الى التسليم فيفضي الى المنازعة **قوله** وذكر الكرخي ره في المختصر انها لا تجوز استحسانا
ويجوز قياسا قال شيخ الاسلام ره في المبسوط هذه المسئلة على وجوه اما ان يكون
الدين مستغرقا او غير مستغرق ففي الاول لا يقسم لانه لا املاك لهم في التركة لان الدين المستغرق

يمنع وقوع الملك في التركة عندنا فلهذا لا يقسم وفي الوجه الثاني القياس انه لا يقسم ويكون توقف الكل
وفي الاستحسان يحبس قدر الدين للغرماء ويقسم الباقي فيما بينهم بناء على ان الدين اذا لم يكن مستغرقا
هل يمنع ملك الوارث ام لا فالقياس انه لا يملك الوارث شيئا من التركة لانه ما من جزء الا وهو مشغول
بالدين وفي الاستحسان يملك التركة حتى لو كان للوارث جارية حل له وطئها استحسانا نفيا للحرج عن
الورثة لان التركة لا تخلو عن قليل الدين فاذا ملكوا جميع التركة استحسانا كان يجب ان يقسم الكل
الا انه لا يقسم الكل بينهم قدر الدين حتى لا يحتاج الى نقض القسمة والله اعلم

كتاب المضاربة

هي مفاعلة من ضرب في الارض اذا سار فيها ومنه قوله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل
الله يعني بالضرب السفر للتجارة وفي الشرع عبارة عن عقد الشركة بمال من احد الجانبين والعمل من
الجانب الآخر وركنها الايجاب والقبول كما اذا قال رب المال دفعت هذا المال اليك مضاربة او معاملة
بالنصف فيقول المضارب قبلت او ما يؤدي هذا المعنى بان يقول خذ هذا المال واعمل به على ان ما
رزق الله تعالى من شيء فهو بيننا نصفان او على ان لك منه ربعه او خمسه او عشره وشرطها
ان يكون راس المال من الاثمان فلا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة كما مر وحكمها انواع
ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب **قوله** وتعاملت به الصحابة رض فعن العباس رض
اذا دفع المال مضاربة شرط على المضارب ان لا يسلك به بحرا وان لا ينزل واديا ولا يشتري
به ذات كبد رطبة فان فعل ذلك ضمن فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وكان
حكيم بن حزام هكذا كان يشترط عند دفع المال مضاربة وروي ان عبد الله وعبيد الله ابني
عمر رض قدما العراق ونزلا على ابي موسى الاشعري رض فقال لو كان عندي فضل مال لاكرمتكما
ولكن ههنا مال من بيت المال فابتاعا به فاذا قدمتما المدينة فادفعاه الى امير المؤمنين ولكما
ربحه فلما قدما عمر رض فقال هذا مال المسلمين فربحه لهم فسكت عبد الله وتكلم عبيد الله
حتى قال بعض الجالسين من الصحابة اجعلها بمنزلة المضاربة لهما نصف الربح وللمسلمين نصفه
فاستصوب عمر رض وعن القاسم بن محمد ره قال كان لنا مال عند عائشة رض وكانت تدفعه
مضاربة فبارك الله لنا فيه بسعيها وكان عمر رض يدفع مال اليتيم مضاربة **قوله** لا على وجه
البدل احترازا عن المقبوض على سوم الشراء والوثيقة احترازا عن الرهن **قوله** ولا مضاربة
بينهما اي بدون الشركة في الربح **قوله** ولا يصح الا بالمال الذي يصح به الشركة وهو ان يكون
راس المال دراهم او دنانير عند ابي حنيفة وابي يوسف ره او فلوسا رائجة عند محمد ره حتى ان
المضاربة بما سوى هذه الاشياء لا يجوز اجماعا وحاصله ان العروض لا يصلح راس
مال المضاربة عندنا خلافا لمالك ره وكذلك الكيلي والوزني خلافا لابن ابي ليلى فقال مالك ره
المضاربة بالعروض تصح لان العروض مال متقوم يسترج عليه بالتجارة عادة فيكون كالنقد
فيما هو المقصود بالمضاربة وكما يجوز بقاء المضاربة على العروض يجوز ابتداؤها بالعروض

Copyright © King Saud University

يستدل بنهي النبي عليه السلم عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بالعروض يؤدي الى ذلك لانها امانة في يد المضارب
وانما يقع قيمتها بعد العقد فاذا باعها حصل الربح ويستحق المضارب نصفه من غير ان يدخل
شيء في ضمانه بخلاف النقد فانه يشتري به وانما يقع الشرا بثمن مضمون في ذمته فالحاصل له
يكون ربح ما قد ضمن وقال ابن ابي ليلى هي جائزة فيما اذا كان راس المال مكيلا او موزونا كما
في النقود لانها من ذوات الامثال فيمكن تحصيل راس المال بمثل المقبوض ثم قسمة الربح بينهما وحجتنا
ما ذكرنا انه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وانه منهي **قوله** لانه يقبل الاضافة لانا ان اعتبرنا الوكالة او الوديعة
او الاجارة فليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى وقت في المستقبل فيكون المضاف
مضافة الى قبض العوض ولكن تصح المضاربة وكذا قوله اقبض ما لي على فلان لانه اضاف
المضاربة الى حالة القبض وفي تلك الحالة يصير الدين عينا وانما شرط كون راس المال عينا
لان المضاربة لاستعمال المال وانما يتصور ذلك في العين وكان المضارب امينا ابتداء ولا
يتصور ان يكون امينا فيما عليه من الدين لان الدين مضمون على المديون **قوله** على ما مر في البيوع
اي في بيوع الوكالة وهي باب الوكالة بالبيع والشراء من كتاب الوكالة وهو قوله ومن له
على آخر الف فامره ان يشتري بها هذا العبد آه تعلق هذا بمعنى قوله اعمل بالدين الذي في ذمتك
اي اشتر بالدين الذي عليك ما شاء الله من المتاع ثم بعه بالنصف فهذا فاسد لان شرط
صحة المضاربة ان يكون راس المال عينا ولم يوجد ذلك عند العقد ولا بعده لان المديون لا يكون
قابضا الدين من نفسه لصاحبه وصاحب الدين لا يملك ان يبرأه عن الضمان مع بقائه بدون
القبض واذا باع المضارب ما اشتراه المديون فهو له وكذا شيء لرب المال منه عند ابي حنيفة رحمه الله
عليه بحاله وفي قولهما ما اشتراه فهو لرب المال والمضارب بريء من دينه وله على رب المال اجر مثله
فيما عمل وهو بناء على مسئلة كتاب البيوع **قوله** فان شرط زيادة عشرة هذا تفسير المسئلة
المتقدمة يعني اذا قال على ان ما رزق الله تعالى في ذلك من شيء فللمضارب منه عشرة والباقي
من الربح بيننا نصفان فهذه مضاربة فاسدة لان هذا الشرط يوجب قطع الشركة بينهما
في الربح مع حصوله فربما لا يربح الا مقدار العشرة **قوله** ولا يجاوز بالاجر القدر المشروط
عند ابي يوسف رح يعني القدر المشروط من الربح ما وراء العشرة المشروطة لان ذلك بغير المشروع
تجري وجوده مجرى عدمه فالحاصل ان لا يجاوز القدر المشروط الذي ليس فيه تغيير **قوله**
كما بيناه في كتاب الشركة اي في شركة الاحتطاب والاحتشاش **قوله** اعتبارا بالمضاربة
الصحيحة لان العقد الفاسد يوخذ حكمه ابدا من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد
وحفظ الوديعة ان الفاسد انما يعتبر بالجائز اذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز
كالبيع وهنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لا اجارة والفاسد ينعقد اجارة لا شركة و
انما اعتبر الفاسد بالصحيح في حكم عدم الضمان لان الاجارة توافق الشركة في حكم عدم

الضمان

الضمان **قوله** ولانه عين مستاجرة في يده اي ولان المال عين استوجر المضارب ليعمل به فلا يكون
مضمونا عليه كاجير الواحد ولكن استاجر رجلا ليعمل بمستاجر كان الموفى بيد الاجير كان عين
مستاجرة حتى اذا هلك لا ضمان عليه فكذلك ههنا فذكر ابن سماعة عن محمد رح انه ضامن
للمال بعقيل المذكور في الكتاب قول ابي حنيفة رح وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا قبض
المال في يده من غير صنعه وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وكذلك
الحكم في كل مضاربة فاسدة وهذا قول الطحاوي رح وما ذكر في الكتاب ان المال في المضاربة
غير مضمون بالهلاك قول ابي جعفر الهندواني رح والفرق بينهما بان الاجير المشترك وبين المضارب
في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالاتفاق وما في يد المشترك مضمون عندهما وهي
ان المضاربة متى فسدت فهي اجارة معنى من حيث ان المضارب يبتغي بعمله عوضا **قوله** لانها
نوعها اي في امضاء حكمها وفي استحقاق الربح **قوله** وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده
لان الربح هو المعقود عليه توجب فساد العقد نحو ان يعقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع
المضارب ارضه الى رب المال ليزرعها رب المال او يدفع داره الى رب المال ليسكنها سنة فسدت
المضاربة لانه جعل نصف الربح عوضا عن عمله واجرة الدار وحصة العمل مجهولة فلم
يصح بخلاف ما اذا عقد عقد المضاربة بشرط ان يدفع رب المال ارضه الى المضارب ليزرعها
سنة او على ان يسكن داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لان الحق بها شرطا فاسدا
فيبطل الشركة كذا في الايضاح وكذلك لو اهمه وفي الربح ايضا تفسد المضاربة نحو ان يقول
بشرط ان يكون ثلث الربح او نصفه بجهالة في الربح **قوله** كاشتراط الوضيعة على المضارب لانه وضيعة
اسم لجزء هالك من المال وكذا اشتراط الوضيعة عليهما تفسد ايضا وشرط العمل على رب المال
مفسد حكى القاضي الامام العاصم العامري عن الفقيه محمد بن ابراهيم الضرير رح اذا شرط
رب المال لنفسه ان يتصرف في المال بانفراده متى بدا له وان يتصرف المضارب في جميع المال
بانفراده متى بدا له جازت المضاربة وانما لا يجوز شرط عمل رب المال مع المضارب اذا شرط
العمل جملة لانه لا يصير المال مسلما الى المضارب كذا في الذخيرة **قوله** او غير عاقد كالصغير
فالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرط عمل الصغير اذا كان مالكا كانت يد على
المال بجهة الملك كالكبير فبقاء يده يمنع كونه مسلما الى المضارب فهو شرط فلا يصح بدون
اذا دفع المادون مال المضاربة وشرط عمله مع المضارب حيث يجوز لان يد التصرف ثابتة له في
هذا المال ومن يده فنفسه ينزل بمنزلة المالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا
صحة المضاربة بخلاف الاب والوصي لانهما اي ياخذ مال الصغير مضاربة بانفسهما
فكذا اشتراط عملهما اي اشتراط العمل عليهما بجزء من المال بجزء من الربح لان كل ما يجوز
ان يكون الموكل فيه مضاربا وحده جاز ان يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب في

Copyright © King Saud University

الوصى واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرط نفسه التجارة
من قبل الصغير لا رب المال وقد تحققت قوله مطلقة اى غير معينة بالزمان والمكان والسلعة
قوله وعن ابى يوسف انه ليس له ان يسافر به هذا فيما له حمل ومؤنة بناء على قوله فى
الوديعة كذا فى المبسوط قوله وان دفع فى بلده اى فى بلد المضارب قوله لانه هو المراد
فى الغالب الخ والغالب ان الانسان يرجع الى وطنه فلا يستديم فى الغربة مع امكان
الرجوع فلما اعطاه مع علمه انه غريب فى هذا الموضع كان ذلك منه دليل الرضاء بالمسافرة
بالمال عند رجوعه الى وطنه قوله لان الشئ لا يتضمن مثله هذا بخلاف المستعير والمكاتب
فانهما يملكان الاعارة والكتابة لان الكلام فى التصرف نيابة وهما يتصرفان بحكم المالكية
لا بحكم النيابة اذ المستعير يملك المنفعة والمكاتب صار حرا يدا والمضارب يعمل بطريق النيابة
فلا بد من التنصيص عليه او التفويض المطلق اليه قوله ولا يحصل به الغرض وهو الربح اى
بالقرض لان المقبوض بحكم القرض مضمون بمثله لا يتصور فيه زيادة الشرط او غيره
وهذا بخلاف الابضاع فان للمضارب ذلك وان لم يحصل به الربح لانه فى الابضاع حفظ
المال وهو من صنع التجارة قوله فيدخل تحت هذا القول اى تحت قوله اعمل برايك
قوله وان خص له رب المال التصرف فى ملك بعينه هذا احتراز عن سوق بعينها فان ذلك
غير مقيد حتى جاز له ان يتجاوز التى عينها الا اذا صرح التخصيص بطريق النهى فقال لا تعمل
فى غير هذا السوق فيتخصص قوله وفى التخصيص فائدة وهى صيانة ماله عن خطر الآثم
من الطريق وصيانة ماله عن خيانة المضارب حيث يمكنه المنع عنها واختلاف الاسعار
باختلاف البلدان والمضارب ما دام فى المصر لا يستحق النفقة فى مال المضاربة قوله و
اشترى ببعضه اى وقد كان اشترى ببعضه فى المصر اى فى المصر الذى عينه قوله لما قلنا
اشارة الى قوله لبقاء يده بالعقد السابق قوله ومعنى التخصيص ان يقول لما
التخصيص من الالفاظ منه دفعت المال اليك مضاربة على ان تعمل به فى الكوفة او
تعمل بالكوفة بالجزم او تعمل بالرفع او فاعمل به بالكوفة او قال دفعت اليك مضاربة
بالنصف بالكوفة ومما لا يفيد لفظان دفعت اليك مضاربة بالنصف واعمل بالكوفة
او قال اعمل بالكوفة والضابطة ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ
به ابتداء ويكون جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الستة وان
استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل ابتداء كما فى اللفظين الاخيرين وح
يكون الزيادة مشورة قوله لان فائدة الاول لتقييد بالمكان لانه لا فائدة فى تقييد
باهل الكوفة لان اهل الكوفة على الآراء مختلفة وطبايع متفاوتة كما كان عليه سائر
اهل البلدان وهم بجملتهم لا يتفقون فى حسن المعاملة فلا يفيد التخصيص بهم وفى التخصيص

بالكان

مكتبة جامعة الرياض – قسم المخطوطات

بالمكان فائدة صيانة المال فيتقيد به وفائدة الثانى التقييد بالنوع لانه لما لم يحض المقابلة
يتحقق بعينه بل بعض من يعامل فى ذلك النوع فى نعاملاته وهم الصيادفة علم ان
مراده تخصيص بيع الصرف لا الشراء من الصيادفة قوله هذا هو المراد عرفا اى بالاول
والثانى قوله لقرابة او غيرها كالمحلوف بعتقه قوله لان العقد وضع لتحصيل الربح اى
عقد المضاربة بخلاف الوكالة فان الوكيل بشراء العبد مطلقا بالف درهم يملك ان يشترى بها
عبدا يعتق على موكله بالقرابة او باليمين ولا يصير مخالفا لان الوكالة مطلقة والمضاربة
مقيدة بشراء شئ يحصل فيه الربح بالبيع فاذا اشترى ما لا يقدر على البيع نفذ على المضارب حتى
لو قال فى الوكالة اشتر لى جارية او عبدا بالف درهم ابيعه فاشترى عبدا يعتق عليه صار
مخالفا ولا فرق بينهما ح قوله بخلاف البيع الفاسد اى يجعل البيع الفاسد فى المضاربة كما اذا
اشترى عبدا او ثوبا بخمر او خنزير لانه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قوله على الاختلاف
المعروف اى بين بنصيبه من المال عندنا ويحنيفة ويعتق عندهما بناء على تجزى الاعتاق
وعدمه قوله كما اذا ورث مع غيره صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت وتركت زوجها
واخا قوله وسعى العبد فى قيمة نصيبه منه اى من العبد وهو راس المال ونصيبه من الربح
قوله والمدعى موسرا قيد به لان ضمان الاعتاق انما يكون اذا كان المعتق موسرا ودعوة
المضارب لعتاقه فى حق الولد فيشترط ان يضمن المضارب لرب المال اذا كان موسرا ومع
ذلك لم يضمن لعدم الصنع منه قوله حملا على فراش النكاح بان تزوجها ثم ابتاعها
قوله كما للمضاربة اذا صار اعيانا اى اجناسا مختلفة حقيقة او حكما حتى انه لو كان اعيانا
من جنس واحد كل عين يساوى راس المال يظهر الربح كما اذا اشترى فرسين كل واحد منهما
يساوى الفا وراس المال الف كان له ربح حتى لو وهب لرجل وسلم اليه صح اما العبد فعند
ابى حنيفة اجناس مختلفة لفحش التفاوت فى المعانى الباطنة وعندهما كذلك الا ان يرى
القاضى الصلاح فى الجمع اميرا صوابا على ذلك يجمع فان قيل لماذا لا يجعل الجارية راس
المال وجميع الولد ربحا لما ان الجارية كانت متعينة لراس المال قبل الولد فيجب ان يبقى كذلك
قلنا ان تعينها كان لعدم المزاحم لا لانها راس المال لان راس المال دراهم وبعد وجود الولد
تحققت المزاحمة فذهب تعينها لراس المال ثم انما لا يتعين احدهما لراس المال لان احدهما
ليس اولى من الآخر ليتعين لراس المال قوله لان ذلك انشاء العتق فاذا بطل لعدم الملك
لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك لان صحة الانشاء يعتمد قيام المحلية فى الحال وصحة الاخبار
تحتمل احتمال المخبر فى الزمان الماضى وفيما يمكن المخبر به لاحتمال انه كان على الفراش الصحيح
دعوته ظاهرا فيتضمن وجود الشرط قوله ولا منع لرفه اى فى الملك لانه حصل بزيادة
القيمة قوله ظهر ان الجارية كلها ربح ولا يقال لماذا لا يجعل الجارية راس المال وجميع الولد ربح

King Saud University
Copyright © King Saud University

لان ما يجب من الولد من السعاية من جنس راس المال وانه مقدم في الاستيفاء وكان نصيبه لراس المال
اولى ولما صارت الجارية ربحا وعقرها الواجب على المضارب يصير ربحا ايضا فيكون بينهما **قوله**
بخلاف ضمان الولد على ما مر اشارة الى قوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لان عتقه بالنسب
والملك والملك اخرهما ولا صنع له فيه **باب** المضارب يضارب **قوله** وهذا اذا كانت المضاربتان
صحيحتين واما اذا كانت فاسدة اي الاولى والثانية وفي الذخيرة وانما يجب الضمان عليها اذا كانت المضاربتان
جائزتين واما اذا كانتا فاسدتين فلا ضمان على واحد منهما حتى لو هلك المال في يد الثاني فلا ضمان
على الاول بسبب اشتراك الثاني في الربح واذا كانتا فاسدتين فما اثبت الاول للثاني شركة في الربح
بل استاجر الثاني ليعمل في مال المضاربة والمضارب اذا استاجر اجيرا للعمل في مال المضاربة فعمل
الاجير فلا ضمان على واحد منهما وكذلك لو كانت الاولى جائزة والثانية فاسدة فلا ضمان لان
الثانية اذا كانت فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح بل يكون اجيرا والمضارب له ان يستاجر اجيرا
ليعمل في مال المضاربة وكذلك لو كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة لان الاولى متى كانت فاسدة
يكون المضاربة الثانية فاسدة ايضا لانها لا تفيد الشركة في الربح لان الربح كله لرب المال اذا
كانت الاولى فاسدة فلا تفيد الثانية شركة في الربح فكل مضاربة لا تفيد الشركة في الربح يكون
فاسدة واذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح لا تفيد الشركة
في الربح يكون فاسدة واذا كانت المضاربة الثانية فاسدة لا يثبت للثاني شركة في الربح
والضمان انما يجب اذا اثبت للثاني شركة في الربح **فان قيل** اذا كانت المضاربة الثانية تفسد
عند فساد الاولى لا يتاتى هذا القسم وهو ما اذا كانت الاولى فاسدة والثانية جائزة **قلنا**
المراد من جواز الثانية في هذه الصورة كون المشروط للاول من الربح مائة او نصف
الربح مع زيادة مائة والمشروط للثاني نصف الربح او ثلثه **قوله** بناء على اختلافهم في
مودع المودع اذا اودع رجل وديعة واودع المودع عند اخر وهلك في يد الثاني لا يضمن
الثاني عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني
كذا في المضارب الثاني عنده لا يضمن وعندهما يتخير رب المال **قوله** ان المودع الثاني يقبضه
لمنفعة الاول لان على الاول حفظ الوديعة فاذا دفع الى غيره يكون الثاني عاملا له لا محالة
في القبض فينتقل عمله الى الاول فصار كانه حفظ بنفسه ولو هلك في يد الاول لا يجب الضمان
فكذا اذا هلك في يد الثاني اما المضارب الثاني فعامل لنفسه في القبض لانه انما يقبضه لكسب
الربح لنفسه فلا ينتقل عمله الى غيره **قوله** لانه عامل اي لان المضارب الثاني عامل لاجل
المضارب الاول **فان قيل** بين هذا وبين ما تقدم وهو قوله اما المضارب الثاني يعمل
فيه لنفع نفسه تناقض ظاهر حيث جعل المضارب الثاني في حق عمل واحد عاملا لنفسه
ولغيره **قلنا** نعم كذلك الا ان ذلك بحسب اختلاف الجهة لما ان المضاربة مشتملة على عقود

فالمضارب

فالمضارب الثاني عامل لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره بسبب انه في الابتداء مودع المودع
وعمل المودع وهو الحفظ للمودع وتسمية الشيء الواحد باسمين بسبب اختلاف الجهة لا يكون
تناقضا كشخص له اب وابن يسمى ذلك الشخص بالاب والابن بسبب اختلاف الجهة ولا يكون تناقضا
قوله وان ضمن الثاني يرجع على الاول بالعهدة يعني بسببه وصحت المضاربة **فان قيل** المالك
لو اختار تضمين المرتهن من الغاصب يرجع المرتهن على الراهن بما ضمن ولم ينفذ عقد الرهن ٥
قلنا الرجوع على الراهن انما يكون باعتبار التسليم الذي وجب بعد العقد فلم ينفذ العقد
السابق وعقد الرهن ثابت ولازم فلا يعطى لبقائه حكم الابتداء فلا يثبت الملك سابقا على
الرهن فلا ينفذ بخلاف المضاربة فانه عقد جائز فيعطى لبقائه حكم ابتدائه فصار كالمجدد
للعقد بعد اداء الضمان **قوله** كما في المودع اي مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب **قوله**
ولا يرجع على نوع حيث لانه ثابت من وجه حكما وجه فمن حيث انه لا يملك يمكن الحيث فيكون
سبيله التصديق **قوله** وهو سبب الرجوع الغرور في العقد سبب الرجوع وانما بالغرور في
ضمن العقد لان الغرور لو لم يكن في ضمن العقد لا يكون موجبا للضمان كما لو قال لاخر
هذا الطريق امن وهو ليس بامن فدخل فيه فقطع الطريق واخذ ماله فلا ضمان عليه
قوله ولعبيد رب المال ثلث الربح على ان يعمل معه اي التقييد بعبيد رب المال مع ان الحكم في عبد
المضارب كذلك لان عند اشتراط العمل للغير ما توهم ان يد العبد للمولى فيمنع التخلية فقال انه
جائز اي سواء كان على العبد دين او لم يكن لان عبيد رب المال في حق المضاربة كعبد اجنبي اخر
ولا يمنع التخلية لان العبد يدا معتبرة **قوله** ولهذا لا يكون للمولى ان يسترد ما اودع العبد
اذا كان غائبا **قوله** وان كان محجورا عليه اي عند الايداع وفي الذخيرة اذا شرط بعض الربح
لعبد المضارب او لعبد رب المال فان شرط عمل العبد مع ذلك فالمضاربة جائزة والشرط
جائز ايضا على كل حال وان لم يشترط عمل العبد مع ذلك ان لم يكن على العبد دين صحيح مع الشرط
سواء كان عبد المضارب او عبد رب المال لانه تعذر تصحيح هذا في حق العبد لان الربح انما
يستحق اما براس المال او بالعمل او بضمان العامل ولم يوجد واحد من هذه الاسباب
في حق العبد وامكن تصحيحه في حق مولاه لان ما شرط للعبد مشروط لمولاه اذا لم يكن عليه
دين وان كان على العبد دين فان كان عبد المضارب فعلى قول ابي حنيفة رحمه الله لا يصح الشرط
يكون المشروط كالمسكوت عنه فكان لرب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعذر
تصحيحه للمضارب لانه لا يملك كسب عبده عند ابي حنيفة رحمه الله اذا كان على العبد دين وعندهما
يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشروط يكون لرب المال بلا خلاف
فصل في العزل والقسمة **قوله** وان ارتد رب المال عن الاسلام والعياذ بالله ولحق
بدار الحرب بطلت المضاربة هذا اذا لم يعد مسلما اما اذا رجع المرتد وهو رب المال مسلما

جاز جميع ما فعل من البيع والشراء وكان عندهما المضاربة على ما شرطا اما اذا لم يتصل قضاء
القاضي بلحاقه فلان هذا بمنزلة الغيبة فلا يوجب العزل ولا بطلان الاهلية واما بعد
اللحاق والقضاء به فالوكيل انما ينعزل بخروج محل التصرف عن ملك الموكل واما هنا لا يبطل
لكان حق المضارب كما لو مات حقيقة كذا في المبسوط **قوله** لانه يتصرف لرب اي لان المضارب
يتصرف لرب المال **قوله** ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها اي في قولهم جميعا
حتى لو اشترى وباع وربح او وضع ثم قتل على ردته او مات او لحق بدار الحرب فان جميع ما
من ذلك جائز والربح بينهما على ما شرطا لان توقف تصرفاته عند ابي حنيفة ره لتعلق حق ورثته
بماله او لتوقف ملكه باعتبار توقف نفسه وهذا المعنى لا يوجد في تصرفه في مال المضاربة
لانه نائب فيه عن رب المال وهو متصرف فيه بمنافع نفسه ولا حق لورثته في ذلك فلهذا نفذ
تصرفه والعهدة في جميع ما باع واشترى على رب المال في قول ابي حنيفة ره لان حكم العهدة يتوقف
بردته وهذا لانه لو لزمته العهدة لكان قضاء ذلك من ماله ولا نفوذ لتصرفه في ماله ما دام مرتدا
فلا يجب العهدة عليه **فان قيل** على ردته تعلق لو استقرض بتصرفه بمنزلة الصبي المحجور عليه اذا
وكل بالشراء للغير وبالبيع وفي قول ابي يوسف ومحمد ره حاله في التصرف بعد الردة كحاله قبل
الردة فالعهدة عليه ويرجع بذلك على رب المال **قلنا** لان له عبارة صحيحة لان صحة عبارته
بالادمية ولا نقصان فيها بعد الردة لانه يتكلم عن عقل وتمييز كما قبل الردة ولهذا لو اسلم صح نفذ
اسلامه **قوله** فله ان يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك ففي هذه المسئلة نجعل المضارب كالوكيل
ثم لما لم يمنعه عزله رب المال عن بيعها ملك بيعها نقدا ونسيئة حتى لو نهاه رب المال عن بيع
المال نسيئة لا يعمل نهيه وكذلك لا يمنع عن المسافرة في الروايات المشهورة **قوله** فان عزله
ورأس المال دراهم او دنانير وقد نضت فان كان رأس المال دنانير وله دراهم او بالعكس
له ان يبيعها بجنس رأس المال استحسانا لا بالعروض والقياس ان لا يجوز تصرفه لثبوت
المجانسة بينهما من حيث الثمنية فصار كان قد نض وجه الاستحسان ان الواجب على المضارب
ان يرد مثل رأس المال وذا لا يمكن الا ان يبيع ما في يده بجنس رأس المال فصار كالعروض
نضيض الماء خروجه من الحجر او نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حاضر ... منه خذ ما نض
لك من دينك اي تيسر وتحصل وفي الحديث يقتسمان ما نض بينهما من العين اي صار ورقا
وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند اهل الحجاز الدراهم والدنانير كذا في المغرب **قوله** و
على هذا موت رب المال اي اذا مات رب المال والمال عروض فله ان يبيعها كما اذا عزله رب
المال **قوله** ونحوها اي نحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنقد دنانير او على
القلب **قوله** وان لم يكن في المال ربح وهو ديون على الناس والمضارب يمتنع من الاقتضاء يقال
له وكل الورثة في الاقتضاء **قوله** والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به لا يقال انه قد وجب بعدما

المال

المال عليه على الصفقة التي اخذ فينبغي ان يجبر على الاقتضاء حتى يكون الرد مثل ما اخذ قلنا الوكيل
يدفع بدون التسليم كالموضع فاذا احاله اي وكله به وقلنا ان يجبر عنه وعلى هذا كل وكيل
بالبيع اذا امتنع من التقاضي لا يجبر على التقاضي ولكن يجبر على ان يحيل رب المال بالثمن
على المشتري وكذا المستبضع واما الذي يبيع بالاجر كالبياع والسمسار فانه يجعل بمنزلة
الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجبر على التقاضي والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله وهو كالمضارب
اذا كان في المال ربح **قوله** منقولة اي بقبول الوكالة من توكله اذا اصل الوكالة واذا دفع الرجل
الى السمسار الف درهم وقال اشتر لي بها زطيا باجر عشرة دراهم فهذا فاسد لانه استاجره بعمل
مجهول فالشراء قد يتم بكلمة واحدة وقد لا يتم بعشرة كلمات والحيلة في جوازها هو ان يستاجر(؟)
يوما الى الليل باجر معلوم ليبيع له او يشتري له فههنا جائز لان العقد يتناول منافع ههنا
ومعلوم ببيان المدة والاجير قادر على ايفاء المعقود عليه الا ترى انه لو سلم نفسه اليه في جميع المدة
استوجب الاجر وان لم يتفق له بيع او شراء بخلاف الاول فان المعقود عليه هناك البيع
والشراء حتى لا يجب الاجر بنفس التسليم اذا لم يتم العمل **قوله** لان قسمة الربح لا تصح قبل
استيفاء رأس المال لان الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال **قوله** لانه هو الاصل
وهذا بناء عليه وتبع له فتصور رأس المال بدونه وعدم تصوره بدون رأس المال **قوله** لما
بينا لانه امانة **فصل** فيما يفعله المضارب **قوله** ويجوز للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة
وقال ابن ابي ليلى ره ليس له ان يبيع بالنسيئة لانه يوجب قصر يده عن المال والتصرف فيه مضاد
عندنا هو مقصود رب المال كالاقراض الا ترى ان البيع من المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث و
كان بمنزلة التبرع وانه من صنيع التجار وهو اقرب الى تحصيل مقصود رب المال وهو
الربح فانه في الغالب انما يحصل بالنسيئة والدليل على ان البيع نسيئة تجارة مطلقة قوله
تعالى الا ان تكون تجارة حاضرة تديرونها بينكم فالاية تدل على ان التجارة قد تكون غائبة
وليس ذلك الا البيع بالنسيئة **قوله** وليس له ان يشتري سفينة للركوب يتعلق بقوله للركوب
لان له شراء السفينة للبيع اذا لم يختص له رب المال التجارة في شيء بعينه **قوله** في الروايات
المشهورة احترز به عما روى ابن رستم عن محمد ره انه لا يملك الاذن في التجارة **قوله**
اما عندهما اي عند ابي حنيفة ومحمد ره **قوله** فالمضارب بعد الاقالة كالمضارب بعدما اشترى(؟) لانه
بمنزلة الربح او بعرضية ان يصير ربحا **قوله** الا ان المضارب لا يضمن فيه اشارة الى ان
الوكيل يضمن **قوله** واما عند ابي يوسف ره فلانه اي فلان المضارب يملك الاقالة ثم البيع
بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك البيع بالنسيئة بعد الاقالة ولا يملك الاقالة اما عند
ابي يوسف ره فلم يمكن ان يجعل تأجيل الثمن بمنزلة الاقالة والبيع بالنسيئة بعدها ولما قدر
ان المضارب لما كان يملك الاقالة والبيع بالنسيئة بواسطة الاقالة لم يكن حطه تأجيلا ابتداء

Copyright © King Saud University

فان قيل ينبغي ان لا يكون للمضارب البيع بالنسيئة لان ذلك يوجب قصر يده عن مال المضاربة والتصرف فيه فيكون ضمنا لما هو مقصود رب المال فيكون بمنزلة الاقراض الا ترى ان البيع بالنسيئة من المريض يعتبر من الثلث وهذا قول ابن ابي ليلى قلنا البيع بالنسيئة من صنيع التجارة وهو اقرب الى تحصيل المقصود وهو الربح فالربح في الغالب انما يحصل بالبيع نسيئة دون النقد لانه ما دخل في التجارة مطلقا وهذا من التجارة قوله ولو احتال بالثمن اي قبل الحوالة بان باع المضارب وحصل بالثمن جاز سواء كان المحتال عليه ايسر في استيفاء الثمن او اعسر قوله وتوابعها اي الابضاع والايداع قوله ومن جملته اي من جملة باب المضاربة وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير بعد ما اشترى برأس المال سلعة لان الاستدانة تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يملكها المضارب الا بالتنصيص عليه وعند التنصيص عليه بعض هذا التصرف يصير بمنزلة شركة الوجوه ولا يكون مضاربة اذ ليس لواحد منهما رأس المال فيكون المشترى بينهما نصفين والدين عليهما نصفين ولا يتغير موجب المضاربة لان هذه شركة وجوه ضمنت للمضاربة فلم يتغير به موجب المضاربة وكان الربح الحاصل من مال المضاربة على ما اشترطا قوله وما اشبه ذلك اي من انواع الاستدانة كما اذا اشترى سلعة باكثر من مال المضاربة وهو الالف مثلا كانت حصة الالف للمضاربة وما زاد فللمضارب ربحه وعليه وضيعته والمال دين عليه لان الاستدانة نفذت عليه خاصة وما اشبه ايضا استيجار الدابة لنقل الامتعة بعد ما اشترى برأس المال وكذا الاستدانة لقصارة الثياب وما اشبه ايضا ان رأس المال لو كانت الدراهم فليس له ان يشتري بالمكيل والموزون والمعدود لانه اشترى بغير رأس المال فكان استدانة فلا ينفذ على المضاربة اما لو كان في يده دراهم واشترى شيئا بدنانير نفذ على المضاربة استحسانا لانهما كالجنس الواحد في الثمنية فصار كما لو كان ذلك الجنس في يده وعقده وما زاد فللمضارب ربحه وعليه وضيعته والدين عليه فلا يقال هذا يؤدي الى خلط مال المضاربة بمال نفسه لان الاختلاط انما يثبت حكما بتصرفه بالمالين لا بفعل من قبله فلا يعد خلطا فلا يعلق بتفويض قوله اعمل برأيك لاحتياج الى هذا العقد فانه يملك الخلط قوله فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة لا يتفاوت الحكم بين ان يكون المدفوع الى رب المال المبضع والعمل من الآخر وهنا المبضع رب المال فهو بضاعة لعدم ركنه قلنا لا نسلم ان تفسير ذلك قبل تفسير الابضاع وهو الاستعانة من رب المال يصلح معينا لانه استعان بالناس في تصرفها فلما صح استعانة المضارب بالاجنبي فلان يصح استعانته برب المال فان قيل الاجنبي يصلح معينا للمضارب لانه عامل فيما لغيره بامره ورب المال عامل فيما هو ماله فلا يصلح معينا الا ترى ان من استأجر خياطا ليخيط له ثوبا واستعان الاجير بالمستأجر في الخياطة فعمل المستأجر وهو الخياطة لا يتحول الى الاجير حتى لا يستحق الاجر فعلى هذا ينبغي ان لا يكون للمضارب من هذا الربح

بعض

بعض قلنا في المضاربة معنى الاجارة والشركة جميعا ومعنى الشركة فيها راجح حتى جاز في هذا الربح عند عدم المثل فكانت العبرة للشركة دون الاجارة وفي الشركة يجوز ان يستوجب احد الشريكين بعض الربح بعمل صاحبه وان لم يعمل بنفسه قوله وهذا بخلاف الاجير اي لا يستحق النفقة وان سافر قوله فلو بقي شيء من اي من الثياب او الطعام او غيره قوله لانتهاء الاستحقاق اي بالرجوع الى مصره كالحاج عن الغير اذا بقي شيء من النفقة في يده بعد رجوعه وكالمولى اذا بوأ امته مع زوجها بيتا ثم نقلها الى خدمته وقد بقي شيء من النفقة كان للزوج ان يسترد ذلك منها قوله وهو ما ذكر اي الطعام والشراب والكسوة وغيرها على ما تقدم قوله ومن ذلك غسل ثيابه وفي الفوائد الظهيرية وما يحتاج اليه وغسل الثياب اجرة الحمام والخلاف في مال المضاربة وكان ينبغي ان لا يجب في مال المضاربة لان هذا مما لا يحتاج اليه في عموم الاوقات والنفقة مما لا بد للانسان منه في عموم الاوقات فيجب ان لا يكون واجبا كاجرة الحمام والقصاد الا انا نقول في مال المضاربة لانه من صنيع التجارة فانهم يحلقون رؤوسهم ويقصون شواربهم وينظفون ثيابهم ليزداد رغبات الناس في مبايعتهم ومعاملتهم فان الانسان متى كان طويل الشعر وسخ الثياب كان في عداد المفاليس والصعاليك فيقل معاملوه ومقاصده فاجرة الحمام والحلاق من جملة النفقة وكذلك ثمن الحوض والصابون قوله واجرة اجير يخدمه اي يخبز ويطبخ او يغسل الثياب قوله احتسب رب المال ما انفق اي احتسب رب المال من الربح ما انفق المضارب من رأس المال تتميما لرأس ماله قوله حسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه كاجرة السمسار والقصار والصباغ يريد بهذا ان ما انفق على المتاع يضم الى رأس المال ويبيعه مرابحة على الكل حتى لو اشتراه بالف درهم وانفق على حمله الى مصره مائة درهم فانه يبيعه مرابحة على الف ومائة ولكن لا يقول اشتريته بالف ومائة بل قام علي بكذا قوله وان صبغها احمر فحصته الحمرة لان السواد نقصان عند ابي حنيفة واما سائر الالوان فمثل الحمرة قوله ولهذا اي لانه فعل الغاصب صاغ ولا يضمن اذا صبغ المغصوب يعني اذا قصر الغاصب ثوب انسان بغير اذنه فزادت قيمته لقصارته كان للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بغير عوض ما زاد ولو كان الغاصب صبغه احمر او اصفر لم يكن للمالك ان يأخذ ثوبه مجانا بل يتخير صاحب الثوب ان شاء اخذ الثوب واعطى قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب ابيض يوم صبغه وترك الثوب عليه قوله انتظام الخلطة يعني قوله اعمل برأيك ينتظم الخلطة فانه يملك بهذا اللفظ اثبات الشركة بالخلط لانه يحتمل ان يحصل الربح بهذا السبب فكذا ينتظم فعل الصبغ لان الصبغ عين مال قائم والصبغ خلط مال المضاربة بهذا الصبغ فاذا صبغ الثوب يصير شريكا في حصة ما زاد الصبغ فيه بخلاف القصارة والحمل لانه ليس بمال قائم حتى يصير شريكا بالخلط وكانه استدانة على رب المال وانه لا يملك الاستدانة بقوله اعمل برأيك

قوله هذا الذي ذكره حاصل الجواب اشارة الى قوله يغرم رب المال الا انه لا يغرم في الحال اذ الثمن
كله في الحال على المضارب لانه هو العاقد قوله ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة لانه لو لم
يخرج نصيب المضارب من المضاربة يجتمع الضمان مع كونه امانة وهذا لا يجوز ونظيره ما
اذا استهلك المضارب راس المال او انفقه او اعطاه رجلا فاستهلكه لم يكن له ان يشتري
عليها شيئا آخر لانه صار مضمونا بالنقل ومن حكم المضارب ان يكون امينا فان اخذ من الذي
استهلكه كان له ان يشتري على المضاربة رواه الحسن عن ابي حنيفة رح لانه اخذ العوض فصار
بمنزلة الثمن وروى محمد رح ان المضارب اذا اقرضه فان رجعت اليه دراهم بعينها رجعت على
المضاربة لانه زال التعدي وان اخذ مثلها لم يرجع لان الضمان قد استقر بهلاك العين
وحكم المضاربة لا يجتمع مع الضمان قوله ويبقى ثلاثة ارباع العبد على المضاربة لانه ليس بمنه
ثابتا في المضاربة لان رب المال موكل وقرار الضمان انما يكون على الموكل قوله ويظهر ذلك فيما
اذا بيع العبد باربعة آلاف فان المضارب ياخذ الفا لان بيع العبد كان لم يكن له ربع
الثمن وهو الالف فيبقى ثلاثة آلاف يرفع منها راس المال وهو الفان وخمسمائة ويبقى
خمسمائة ربحا يقتسمانه على ما شرطا قوله فاشتراه رب المال اي من الاجنبي قوله يتفاوت
المقاصد اذ مقصوده وصوله الى الالف ومقصود المضارب وصوله الى البيع لانه اعتبر عقدهما لانه
لم يزل العبد عن ملكه ولم يستفد الفاء يكن في ملكه ومبنى المرابحة على الامانة والتحرز عن الخيانة
فيكون البيع الثاني ملحقا بالعدم في حقها فكانه لم يوجد الا البيع الاول قوله وقد مضى في البيوع في
باب المرابحة قوله ظهر الربح بدليل انه تنفذ في حق العتق اذا كان قريبا له ولو اعتقه ينفذ ايضا
قوله بخلاف ما تقدم ذكر في الفوائد الظهيرية فرق بين هذا وبين ما تقدم حيث لا يخرج هناك
ما يخص رب المال عن المضاربة وهنا يخرج والفرق ان الواجب فيما تقدم ضمان التجارة
لانها في المضاربة والواجب هنا ضمان الجناية وضمان الجناية ليس من التجارة في شيء فلا
يبقى على المضاربة قوله يرجع مرة بعد اخرى لان الشراء لا يبطل بهلاك الثمن فيبقى موجبا
دين الثمن عليه وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين في العمل و
استيفاء ذلك لا يقع بقبض هذه الالوف لان جميعها يصير راس مال المضاربة وقبض رب
المال قبض امانة واستيفاء الدين انما يكون بقبض مضمون وقبض الامانة لا ينوب عن
القبض المضمون فلهذا يرجع اليه مرة اخرى لما ان سقط عنه الثمن لوصول الثمن الى
البائع بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء لا يرجع بالثمن الا مرة لان قبض
الوكيل جاز ان يصادفه بالضمان والامانة كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب جاز ان يكون
مضمونا عليه حتى لو هلك في يد الوكيل يجب الضمان واذا صادفه بالضمان ففي هذه المرة
يرجع مرة لان ذلك القبض لما سبق وجوب دين الثمن لم يكن بجهة الاستيفاء فلم يقع بقبض

ضمان

١٥٨

ضمان بل قبض امانة فلا يتحقق الاستيفاء فيكون له الرجوع مرة للاستيفاء وفيما اذا اشترى
ثم دفع الموكل الثمن اليه هذا قبض استيفاء لما كان بعد وجوب الثمن فلا رجوع بعد الاستيفاء
فصل في الاختلاف قوله لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول
قول القابض اي في مثل هذا الاختلاف وهو الاختلاف في مقدار المقبوض القول قول القابض
احترز به عما اذا وقع الاختلاف في صفة المقبوض من كونه قرضا او وديعة او بضاعة فان
القول فيه قول رب المال قوله ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح اي لو اختلفا في مقدار المشروط
من الربح مع الاختلاف في راس المال صورته ما ذكر في الايضاح واذا اختلف رب المال والمضارب
في راس المال والربح فقال رب المال الفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب راس المال الف
وشرطت لي النصف فالقول قول المضارب في قدر راس المال والقول قول رب المال فيما شرط
من الربح لانه يستفاد بشرطه وهو منكر للشرط وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت
بينته لان رب المال يدعي فضلا في راس ماله والمضارب يدعي فضلا في الربح والبينات شرعت
للاثبات وفي الاوضح قال الامام رضي الدين رح رايت في بعض نسخ شروح الاصل ان البينة
بينة المضارب لانها هي المثبتة اذ الملك ثابت لرب المال في كل قدر لا يقوم عليه الحجة للمضارب
لكون البعض راس ماله وكون البعض راس ماله فلا يكون الثبوت منه بالبينة ولو قال
المضارب اقرضتني وقال رب المال هو بضاعة او وديعة او مضاربة فالقول لرب المال
والبينة بينة المضارب وفي عكسه بان ادعى رب المال القرض وادعى المضارب المضاربة
فالبينة هنالك بينة رب المال والقول قول المضارب لان رب المال لما ادعى القرض والمضارب
المضاربة فقد اتفقا على ان الاخذ كان باذن رب المال ورب المال يدعي ضمانا وهو ينكر
فكان القول قوله والبينة بينة رب المال لانه مدع للضمان والبينة بينة المدعي كذا في
الايضاح قوله فقال الآخر اي المضارب قوله والقول للمضارب في دعوى العموم اي مع
العموم اليمين قوله لان الاصل فيه العموم بدليل انه لو قال خذ هذا المال مضاربة
بالنصف يصح ويملك به جميع انواع التجارات فلو لم يكن مقتضى العقد العموم لم يصح العقد
الا بالتنصيص على ما يوجب التخصيص كالوكالة قوله والبينة للمضارب لاحتياجه الى اثبات
الاذن في نوع يدعي الاذن فيه حتى ينفي الضمان عنه وعدم حاجة الآخر اي رب المال
الى البينة لان ما يدعيه ثبت بقوله اذ هو المتمسك بالاصل قوله لان آخر الشرطين ينقض
الاول هذا من باب الاولى العمل بالبينتين لان العمل بهما ممكن بان يجعل كانه اذن له في العموم
اولا ثم نهاه عن العموم واذن له بالخصوص او لا ثم اذن له بالعموم وان لم يوقت البينتان
وقتا او وقتا وقتا على السواء او وقت احديهما وقامت الاخرى فالبينة بينة رب المال
لانه تعذر القضاء بهما لانهما لا يقعان معا ولا على التعيين لان الشهود لم يشهدوا

بالترتيب واذا تعذر القضاء بالامرين تعذر العمل بالبينتين فيعمل بقول رب المال لما ذكرنا ثم ما ليس بثابت هكذا
ذكر في الاصل وفي القدوري اذا اقاما البينة فان نص شهود المضارب انه اعطاه مضاربة في
كل تجارة فالبينة بينته وان لم يشهدوا بهذا الحرف فالبينة بينة رب المال مصونة توقيت
قال رب المال في دعوى الخصوص دفعت اليك الفا مضاربة في بز من رمضان واقام على
ذلك بينة وكل بينة شهدت بالتوقيت كما هو دعوى المدعي كان بينة المضارب اولى
بان الثاني ناسخ للاول

كتاب الوديعة

الودع الترك وسميت الوديعة بها لانها شيء
يترك عند الامين قال الشيخ الامام بدر الدين ثم الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم
والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وحمل العام على الخاص صحيح دون العكس
فالوديعة هي الاستحفاظ قصدا والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد
بان هبت الريح بثوب انسان والقاه في حجر غيره والحكم في الوديعة انه يبرأ عن الضمان
اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة والايداع لغة
تسليط الغير على الحفظ اي شيء كان مالا او غير مال يقال ودعت زيدا ما لا اذا تركته
اياه لهذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع وهو مستودع بكسر الدال فيهما وزيد
مودع ومستودع بالفتح فيهما والمال مودع ووديعة وشريعة تسليط الغير على
حفظ المال وركنها الايجاب والقبول وشرطها كون المال قابلا لاثبات اليد ليتمكن من حفظه
حتى لو اودع الآبق او المال الساقط في البحر وكون المودع مكلفا شرط لوجوب الحفظ
عليه وحكمها وجوب الحفظ وصيرورة المال امانة عنده وشرعيتها بالكتاب قال الله تعالى
ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها واداء الامانة لا يكون الا بعدها
والسنة فان النبي صلى الله عليه وسلم كان يودع ويستودع واجماع الامة فالصحابة
ومن بعدهم الى يومنا يودعون ويستودعون ولان قبول الوديعة من باب الاعانة
وهي مندوبة بقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولقوله عليه السلام ان الله تعالى في
عون العبد ما دام العبد في عون اخيه **قوله** عند المغفل الخائن والاغلال الخيانة
قوله ومن في عياله من زوجته او ولده او والدته او اجيره والعبرة في هذا الباب
للمساكنة لا للنفقة حتى لو دفعت المرأة وديعتها الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج
في نفقتها كان يساكنها والابن الكبير اذا كان يسكن مع المودع ولم يكن في نفقته
فدفع وترك المنزل على الابن لا يضمن الوديعة والمراد بالاجير التلميذ الخاص الذي
استاجره مشاهرة او مسانهة واما الاجير ليعمل من الاعمال فكسائر الاجانب يضمن
بالدفع اليه وفي الفتاوى الصغرى تفسير من في عياله ان يساكن معه سواء كان في
نفقته او لا والعبرة في هذا الباب للمساكنة الا في حق الزوجة والولد الصغير والعبد

كتاب الوديعة

حتى ان الزوج اذا كان في محلة والزوجة في محلة اخرى لا ينفق عليها ودفع الوديعة اليها
لا ضمان على الزوج وكذا الابن الصغير اذا لم يكن في عياله فدفع اليه لا يضمن ولكن يشترط
ان يكون الصغير قادرا على الحفظ وكذا الحفظ العبد اذا لم يكن في عياله بمنزلة الابن الصغير
قوله فانه حفظها بغيرهم او اودعها غيرهم ضمن وقال ابن ابي ليلى لا يضمن لانه ملك
الحفظ من جهة المالك فكان له ان يملك غيره كالمستعير بغير قال العلامة حميد الدين
ره معنى قوله حفظها بغيرهم اذا كان باجر ومعنى قوله اودعها اذا كان بغير اجر وقيل
معنى قوله فان حفظها بغيرهم بان استحفظ المودع الوديعة في بيته بغيره بان ترك
الوديعة والغير في بيته وخرج هو بنفسه او اودعها غيرهم بان نقل الوديعة من بيته و
دفعها الى اجنبي وديعة **قوله** ولان الشيء لا يتضمن مثله ولا يلزم المستعير حيث كان له
ان يعير والماذون له ان ياذن والمكاتب له ان يكاتب لان المستعير مالك المنفعة والماذون والمكاتب
يتصرف بحكم فك الحجر كما بعد العتق فملك ان يملك غيره بخلاف المودع فانه مامور بالحفظ
والمامور بشيء لا يملك ان يفوض ما امر به الى غيره ولهذا الوكيل بالطلاق والعتاق لا
يوكل غيره ولكان الناس لا يستغنون عنه **قوله** الا ان يقع في داره حريق استثناء
من قوله فان حفظها بغيرهم وذكر شمس الائمة الحلواني ره اذا وقع في بيت المودع حريق
فدفع الوديعة الى اجنبي فان امكنه ان يدفعها الى من في عياله فهو ضامن والا
فلا ضمان عليه ولا يصدق على ذلك الا ببينة وفي المنتقى اذا علم انه احترق داره قبل
قوله وان لم يعلم لا يقبل الا ببينة **قوله** شركة انشاء ولو هلك قبل التمييز يهلك من مالهما
قوله وامكنه معنى القسمة اذ القسمة فيما يكال او يوزن افراز او تعيين بالاجماع و
لهذا يملك كل واحد من الشريكين ان ياخذ حصته بنفسه بلا رضا ولا قضاء ولذا كان
استهلاكا من وجه دون وجه فانتشار مال الجانب الهلاك فيضمن مثله وانتشار مال
الجانب القيام وكما ذكر في المخلوط **قوله** ولانه استهلاك من كل وجه لانه فعل الاستهلاك
من العباد الا هذا وهو التعييب اما انعدام المحل فبتخليق الله تعالى ولهذا كان له
حق التضمين بالاجماع وهو امارة الاستهلاك **قوله** ولا يعتبر بالقسمة جواب عن قولهما
وامكنه معنى القسمة لان القسمة ليست موصلة الى عين حقه ولكن جعلت طريقا
للانتفاع بطريق الضرورة بناء على قيام الشركة وحكمها فلا يصلح عليه موجبة للشركة
لان حكم العلة لا يكون علة العلة **قوله** وعاد الى المماثلة ايهما ثمرة الخلاف **قوله**
من هذا الفصل من قبل ما يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان معه بالاجماع خلط
الحنطة بالشعير في الصحيح لانه لا يتصل المالك الى عين ملكه الا بحرج والمتعذر كالمتعسر
ولان الخلطة لا تخرج عن موجبات الخلطة فيفضي التعذر حكما اليه بالقسمة للخلاف

Copyright © King Saud University

الجنس لان القسمة عندنا خلاف الجنس غير مشروع وقيل لا ينقطع حق المالك عن المخلوط بالاجماع
هنا ويكون له الخيار وقيل القياس ان يصير المخلوط ملكا للخالط عند ابي حنيفة رح وفي
الاستحسان لا يصير قوله على ما مر في الرضاع وهو قوله واذا اختلط لبن امراتين الى قوله وقال
محمد رح يتعلق التحريم بهما لان الجنس لا يغلب الجنس قوله ضمن الجميع اي بعضه بالانفاق و
بعضه بالخلط وحكم الخلط ما مر من الوجوه وفاقا وخلافا وهذا لان ما انفق صار دينا
في ذمته وهو لا ينفرد بقضاء الدين بغير محضر من صاحبه فيكون خلطا لما بقي على ملكه بنفسه
وهو موجب للضمان عليه ثم بين المودع كيدي لكن فيما يرجع اليه وهو الحفظ لا في الخلط
عند مالك والشافعي رح اذا انفق بعضها صار ضامنا للكل لانه بالجناية زالت الامانة فيجب
الغرامة قوله ولنا ان الامر باق لاطلاقه وهذا لانه قال احفظ مالي وهذا اللفظ يتناول
جميع الاوقات ما قبل الخلاف وما بعده ولم يبطل بالخلاف لان بطلان الشيء بما وضع
لابطاله او بما ينافيه والاستعمال ليس بموضع لابطال الايداع وهو لا ينافيه ولهذا صح الامر
بالحفظ مع الاستعمال ابتداء بان يقول للغاصب اودعتك وهو مستعمل له واذا كان الامر
بالحفظ باقيا فقد رده بترك التعدي الى نائب المالك اعني نفسه وقول الشافعي رح لان
عقد الوديعة قد ارتفع قلنا ارتفاع العقد ما كان باعتبار معنى صادق العقد بل ضرورة
فوات موجب العقد وهو الحفظ للمالك واذا كان الفوات ضروريا يتقدر بقدر الضرورة
فيظهر ارتفاع العقد في قدرها وهو حد الخلاف فيه وفيما وراءه يبقى على ما كان عليه قوله
بخلاف الخلاف في العود الى الوفاق لان العقد باق والخلاف ليس بضد الامر لان الامر قول
وضد القول يقول مثله اما الجحود فهو قول وضد للامر لان الجاحد يكون متملكا للعين والمالك
في ملكه لا يكون مامورا بالحفظ من جهة غيره والدليل عليه اوامر الشرع فان الجحود فيها
رد حتى لو انكر امر الله يكفر والخلاف لا يكون ردا حتى لو ترك صوما او صلوة لا يكفر قوله
ولو جحد بعد عزل صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف رح بان قال له رجل ما حال وديعة فلان
فقال ليس لفلان عندي وديعة قوله خلافا لزفر رح انما قيد باختلافهما بحسب ان عدم
وجوب الضمان مذهب علمائنا الثلثة لان هذا الفصل ذكر في اختلاف زفر ويعقوب رح لا
في غيره قوله او طلبه يعني اذا طلب المودع الوديعة فكانه عزله عن الحفظ لم يوجد الطلب
هنا فلا يتغير هو بالعزل قوله واذا كان لها حمل ومؤنة الحمل بالفتح مصدر حمل الشيء
ومنه الحمولة يعني ما له ثقل يحتاج في حمله الى ظهر او اجرة حمال وهو بيان واحتفظ
الاصل ما له مؤنة في الحمل كذا في المغرب هذا اذا كان الطريق امنا بان لا يقصده احد
غالبا ولو قصد يمكنه دفعه بنفسه وبرفقته السفر ولم ينه المودع عنها قوله وصار
كالاستحفاظ باجر بان استاجر رجلا ليحفظ شيئا عشرة دراهم يسافر بالمال يضمن قوله

والمعتاد

والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم جواب عن قول الشافعي رح قوله لانه عقد معاوضة لانه بالاجارة
اشترى منافعه في الحفظ انما يقع بمنافع المالك فيلزمه المقام مع المالك ليمكنه التسليم كما كان
عليه لان الداخل تحت العقد المنافع في المصر فاذا خرج صار مخالفا لان هذه المنافع غير
داخل فيضمن وههنا انما يحفظ على سبيل الامانة فلا يحجر هنا اذا لم يعين صاحب الوديعة
المصر للحفظ فيه بل اطلق الحفظ اطلاقا فان عين المالك عليه الحفظ في المصر فسافر
ان كان سفر الرشد بعضها وان كان سفر الابد منه فان امكنه الحفظ في المصر مع السفر
بان امكنه بان يترك واحدا من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه لا يضمن قوله
وهو المراد بالمذكور في المختصر وهو قوله واذا اودع رجلان عند رجل وديعة وانما ذكر
هذا احترازا عن قول بعض المشايخ رح حيث قالوا الاختلاف فيما هو من ذوات الامثال
وفيما هو من ذوات القيم سواء وفي المسئلة حكاية فان رجلين دخلا الحمام واودعا عند
الحمامي هميانا من ذهب فخرج احدهما قبل صاحبه واخذ الهميان وذهب ثم خرج الاخر
وطالبه بالهميان ولعلهما تواطا على ذلك فتحير الحمامي فقيل له سل هذا الامر عند ابي حنيفة
رح فذهب اليه وقص عليه القصة فقال له ابو حنيفة رح لا تقل دفعته الى صاحبك ولكن
قل لا ادفعه اليك حتى تحضر صاحبك فانقطع الرجل وترك الحمامي كذا في الفوائد الظهيرية
قوله ولهذا كان له ان ياخذه اي المودع الحاضر اذا ظفر به وهذا لان بين المودع ولو كان في
يد المودع له ان ياخذ وكذا اذا كان في يد نائبه قوله ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع فانها
ما لو احتفظ مضيفة ثم هلك الباقي في يد المودع ثم حضر الغائب له ان يشارك في المقبوض
فثبت ان القسمة ليست بنافذة قوله لانه يطالبه بتسليم حصة اي حق المدعي قوله وعليه
الف بغير آه صورته اذا كان لرجل الف درهم وديعة عند انسان وللاخر على الرجل المودع
الف درهم فلصاحب الدين وهو الغريم ان ياخذ تلك الوديعة من يد المودع اذا ظفر بها
وان لم يكن للمودع ان يدفع الالف الى غيره قوله وكذا الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء
اي اذا رهن شيئا مما لا يقسم عند رجلين فلكل واحد من المرتهنين ان يحفظ الرهن باذن
الاخر وكذا اذا وكل وكيلين بالشراء ودفع الثمن اليهما يكون لكل واحد من الوكيلين ان
يحفظ الثمن باذن الاخر قوله لان الفعل اي فعل الاستحفاظ قوله وهو محمل الاول اي
رواية الجامع الصغير بقوله فدفعها الى من لا بد له منه لم يضمن ومحمل رواية القدوري
التي ذكرها مطلقا انه لا يضمن حتى اذا كان له منه بد وامكنت الوديعة شيئا خفيفا يمكن
للمودع استصحابه بنفسه كالخاتم ونحوه فدفعه الى عياله ضمن كذا ذكر في المغني واذا دفع
الرجل الى غيره وديعة وقال له لا تدفعها الى امراتك فاني اتهمها او قال الى ابنك او قال الى
عبدك او ما اشبه ذلك فدفع اليه فان كان لا يجد المودع بدا من الدفع اليه بان لم يكن له

Copyright © King Saud University

عيال سواه لم يضمن بالدفع اليه وان كان يجد بدا منه فهو ضامن المودع اذا وضع الوديعة في
حانوت فقال له صاحبها لا تضع في الحانوت فانه مخوف فتركها فيه حتى سرقت قال ان لم يكن
له موضع آخر احرز من الحانوت لا يضمن وان كان له موضع آخر احرز من الحانوت فهو
ضامن اذا كان قادرا على الحمل قوله فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن وهذا استحسان و
في القياس يضمن لان البيتين قد يتفاوتان في الحرز فربما يكون ظهر احدهما الى السكة فيتمكن
السارق من الاخذ منه ما لا يتمكن من البيت الآخر فيفيد الشرط وقد خالف فيضمن قوله لا
يتفاوتان في الحرز كما اذا قال احفظها في هذا الجانب من البيت فحفظها في جانب آخر
قوله ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالريح اذا القت في حجره ثوب غيره فان قيل الاول انما
يضمن صنعا بالمفارقة فاذا ضمن الاول بالترك عند الثاني كان من صنعه ينبغي ان يضمن
الثاني قلنا وجب المال لو قال اذنت للثاني ان تدفعه الى فلان لكن بشرط ان لا تفارقه فان فارقه
ضمن الاول دون الثاني وهذا تقدير مشكل لا مضادة الثاني مودعا منفردا في حق نفسه
لانه لما لم يصر بنفس الايداع خيانة بل صار ذا خلاف ولا بتة حال حضرة حصلت الوديعة في
يد الثاني امانة فلا يضمن بالامساك قوله صحيحه اي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة
ان يكون الالف الواحد مودعا من اثنين بكماله قوله وان نكل عن الثاني ولو بعد ما حلف
للاول قوله ولا يقضي بالنكول الان من حجة الآخر ان يقول لو بدأ بي بالاستحلاف لكان
نكل ايضا قوله اما النكول انما يصير حجة عند القضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شيء
وجه القضاء بانه يقضي بالالف لهما او لاحدهما لانه لو حلف للثاني فلا شيء له والا
كله للاول ولو نكل للثاني ايضا كان الالف بينهما فكذلك يتوقف في القضاء حتى يظهر وجه
القضاء قوله لانه اي لان المودع المنكر يبذله عند ابي حنيفة او باقراره اي عندهما وقوله
وذلك حجة في حقه اي في حق المودع المنكر قوله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة ودفع
بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد اي اذا اقر بالوديعة لو لم يتم قال الحلال الوديعة لفلان آخر
فقضي للاول لان الثاني رجع فان دفعه الى الاول بغير قضاء ضمن وان دفعه بقضاء فكذلك
عند محمد لانه مقر بلزوم الحفظ للثاني ثم عرضه للتلف باقراره وعند ابي يوسف لا
يضمن لان القبض كان باذن المالك والدفع باكراه القاضي ووجه البناء على هذه
المسئلة ان الاقرار بالوديعة للثاني بعدما استحقه الاول باقراره الاول لما كان مفيدا لوجوب
الضمان المقر الثاني عند محمد ينبغي ان يحلفه للثاني وان استحلفه الاول في مسئلة
الكتاب عند محمد لان فائدة الحلف النكول وهو الاقرار للثاني مفيد الضمان له و
عند ابي يوسف لا يحلف لانه لا يضمن بالاقرار عنده فكذا بالنكول فلا فائدة في التحليف
والله اعلم **كتاب العارية** في الصحاح العارية بالتشديد كانها منسوبة الى العار

لان طلبها عار وعيب في المغرب العارية فعلية منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة
من الاغارة واخذها من العار العيب لغة العرب خطأ وفي المبسوط وقيل هو مشتقة من التعاور
وهو التناوب كانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكه على ان تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء
ولهذا كانت الاعارة في المكيل والموزون قرضا لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة
اليه في تلك العين فيكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها قوله ولا يشترط ضرب المدة
اي اعلام مقدار المنفعة ببيان المدة والمنافع لا تصير معلومة الا بذكر المدة قوله ومع الجهالة
لا يصح التمليك كما في الاجارة وكذلك يعمل فيه النهي اي يبطل الاعارة بالنهي ولو كانت تمليكا
لما بطل بالنهي كالهبة والاجارة ولا يملك المستعير الاجارة من غيره ومن ملك شيئا
بغير عوض يملك تمليكه من غيره بعوض وبغير عوض كالموهوب له قوله فان العارية من
العرية وهي العطية هذا يخالف ما ذكر في المغرب الا ان يريد به المشاكلة في اكثر الحروف قوله و
لهذا ينعقد بلفظ التمليك فان من قال لغيره ملكتك منافع هذا العين شهرا كانت عارية
قوله ولفظ الاباحة استعيرت للتمليك آه جواب عن قول الكرخي رح والجامع دفع الحاجة
فان قيل الحاجة تندفع بالاباحة قلنا بل حاجته الى الانتفاع العرايض قوله وعند ذلك اي عند
الانتفاع بالعارية قوله والنهي منع عن التحصيل اي رجوع عن تمليك المنافع والرجوع عنه قبل
اتصال الملك به يصح قوله لدفع زيادة الضرر اي لا يملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة
ما وضعت في الشرع الا لازمة وفي ذلك سد باب الاسترداد فيتضرر المعير قوله واطعمتك
هذه الارض لانه مستعمل فيه اي بطريق المجاز لان عين الارض لا تطعم فيراد به ما يخرج منها
اطلاقا لاسم المحل على الحال قوله لانها لتمليك العين لان معنى منحتك اعطيتك والمنحة و
المنيحة الشاة او الناقة الممنوحة من المنح هو ان يعطي الرجل ناقة او شاة ليشرب لبنها ثم
يردها اذا ذهب درها ثم كثر زيادة الضرر اي لا يملك المستعير ان يواجر المستعار لان الاجارة
ما وضعت في الشرع الا لازمة وفي ذلك سد باب الاسترداد فيتضرر به المعير حتى قيل في كل من
اعطى شيئا ينتفع به مع بقاء اصله فقد منحه ويراد به التمليك عرفا كما في العناية النسفي رح وقوله
في الهداية ومنحتك هذا الثوب وحملتك على هذه الدابة اذا لم يرد به الهبة لانهما لتمليك
العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على تمليك المنافع تجوزا مشكل من وجوه احدها انه قال
اذا لم يرد به الهبة وكان ينبغي ان يقول اذا لم يرد بهما بدليل التعليل ويمكن ان يجاب عنه ان الضمير
يرجع الى المذكور كقوله نعم عوان بين ذلك وثانيها انه جعل هذين اللفظين حقيقة لتمليك
العين ومجازا لتمليك المنفعة ثم ذكر في كتاب الهبة في بيان الفاظها وحملتك على هذه
الدابة اذا نوى بالحملان الهبة وعلل بان الحمل هو الاركاب حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل
الهبة وثالثها انها لما كان لتمليك العين حقيقة والحقيقة يراد باللفظ بلا نية فمعنى عدم

Copyright © King Saud University

اعادة الهبة لا تحمل على تمليك المنفعة بل على الهبة وفي المستصفى شرح النافع لما جاز ان يكونا
لتمليك العين حقيقة ولتمليك المنفعة مجازا والى هذا مال صاحب الهداية في كتاب العارية
ويكون النقل من اخالم مدمة العارية ويحتمل ان يكون لتمليك المنفعة حقيقة ولتمليك العين
مجازا والية اشار فخر الاسلام في مبسوطه وصاحب الهداية في كتاب الهبة فيكون قوله اذا
لم ينو به الهبة للتأكيد ويحتمل ان يكون الحيا ان حقيقة لهما انما يرجح احدهما بالنية اذا لامر محتمل
عليه لينتقض به **قوله** المنحة مرجعة المنحة نوع من العارية وهي ان يعطي الرجل شاة او ناقة او بقرة
ليشرب لبنها ثم يرد الشاة او غيرها الى المالك وقوله مرجعة مستحقة الرد والمنحة لجهة كالمصروف
اليه فلكونها مستحقة الرد جعلها كالمردودة وقال المنحة مردودة والعارية امانة ان هلكت
من غير تعد لم تضمن سواء هلكت من استعمال او لا من استعمال وهو قول عمر وعلي وابن مسعود
رضي وقال الشافعي ان هلكت من الاستعمال المعتاد لم تضمن وان هلكت لا في حال الانتفاع
تضمن وهو قول ابن عباس وابي هريرة رض لقوله عليه السلام العارية مضمونة واستعار رسول
الله صلى الله عليه وسلم درعا من صفوان فقال له اغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة
مؤداة وكتب في عهد لنجران وما يعار الرسل فهلكت في ايديهم فضمانها على رسلي قال صلى الله عليه
وسلم اليد ما اخذت حتى ترد والاخذ انما يطلق في موضع يأخذ المرء المنفعة لنفسه وذلك
موجود في العارية لان المستعير انما يأخذه لينتفع به لا ليكون نائبا من المعير ولنا قوله عليه
السلام ليس على المستعير غير المغل ضمان نفى الضمان عن المستعير عند عدم الخيانة والمعنى فيه انه
قبض العين للانتفاع بها باذن صحيح فلا يكون مضمونة عليه كالمستاجر وبيانه ان وجوب الضمان
يكون للجبران وذلك لا يتحقق الا بعد تفويت شيء على المالك وبالاذن الصحيح ينعدم التفويت فلا
تعلق ان القبض فكيف يكون موجبا للضمان فالقبض اولى واما الجواب عما تمسك به الخصم فقوله عليه
السلام العارية مضمونة اي ضمان الرد فانه جعل الضمان صفة للعين على وجه الخبر وحقيقة
ذلك في ضمان الرد واما حديث صفوان فقد قيل انه اخذ تلك الدروع بغير رضاه وبدليل قوله
اغصبا يا محمد الا انه كان محتاجا الى السلاح وكان الاخذ حلالا لكن بشرط الضمان لكونها
محمضة له لانه يتناول مال الغير بشرط الضمان وقيل المراد ضمان العين وقوله مؤداة تفسير لذلك
كما يقال فلان عالم فقيه يعلم باللفظ الثاني ان المراد بالعلم الاول علم الفقه وقيل كان هذا من رسول
الله صلى الله عليه وسلم اشتراط الضمان على نفسه والمستعير اذا كان للتضمين بالشرط على ما ذكره في
المغني ولكن صفوان كان يومئذ حربيا ويجوز بين المسلم والحربي من الشرائط ما لا يجوز بين
المسلمين وقوله عليه السلام وما يعار رسلي فهلكت على ايديهم الخ انما ذكرها لانه يقال هلك فلان اذا
كان بغير صنعه وهلك على يدي اذا استهلكه وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد يقتضي
وجوب رد العين ولا كلام فيه انما الكلام في ضمان القيمة بعد هلاك العين **قوله** والمنا وحة

مونة

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

٨٢

مونة جواب عن قول الشافعي انه قبض يوجب ضمان الرد حال قيام العين لنقض القبض فيوجب
ضمان القيمة حال هلاكه كالغصب فاجاب ان ضمان الرد عليه انما كان لان منفعة القبض والنقل
حصلت له كنفقة المستعار فانها على المستعير لا لنقض والضمان في المقبوض على سوم الشراء
لا يلزم بالقبض بجهة الشراء اذ القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذا لجهته **قوله** ولانا
لو صححناه لا يقع الا لازما **فان قيل** كان ينبغي ان يملك المستعير الاجارة لانه لا يملك المنفعة ولا يقطع
حق المعير في الاسترداد لكونه عذرا في نقض الاجارة **قلنا** لو هلك المستعير الاجارة كان من
مقتضيات عقد المعير فكان صحة التمليك بتسليطه ولا يتمكن من نقضه بعد ذلك **قوله** بخلاف
ما اذا علم بكونها عارية في يده لم يرجع عليه لانه لم يوجد الغرور **قوله** ولذان يعيره اذا كان لا يختلف
باختلاف المستعمل هذا جواب كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة **قوله** وانما لا يجوز فيما يختلف
باختلاف المستعمل هذا جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ان العارية لو كانت لتمليك المنفعة لما
تفاوت الحكم في صحة اعارة المستعير بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف **قوله** دفعا
لمزيد الضرر عن المعير ويحتمل ان يكون هذا قول الشافعي وهو ما يعرف بذلك **قوله** وهذا اذا صدرت
الاعارة مطلقة عن الوقت والانتفاع وهو على اربعة اوجه وهذه القسمة على هذه الاوجه
الاربعة ضرورية لان الشيئين وهما الوقت والانتفاع فكانت اربعة لا محالة لانه اما ان يكون
العارية مطلقة في الوقت والانتفاع او معينة فيهما بان قيدها بيوم ونص على نوع منفعة او مقيدة
في الوقت مطلقة في الانتفاع او على العكس **قوله** والحنطة مثل الحنطة اي في حق الحمل على الدابة
بان استعار دابة ليحمل عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من حنطة اخرى
او استعارها ليحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها الشعير لان كيل الشعير اخف وزنا من كيل
الحنطة لانها اصلب من الشعير **قوله** وله ان يركب غيره معناه اشار وركب بنفسه
ان شاء اركب غيره لانه لا يجمع بينهما بل يتقول بعده حتى لو ركب بنفسه لا يركب غيره **قوله** لانه لما اطلق
يعني لما تعين المنتفع مفوضا اليه فان شاء عين نفسه وان شاء عين غيره وايهما عين تعين
كما اذا عين المالك حتى لو فعل غيره ضمن لانه تعين الاول وكان هذا اختيار فخر الاسلام البزدوي
واما على قول غيره لان يركبه بعد الاول وكان وذكر في الذخيرة في هذا الموضع ولكن انما يعين
بغيره اذا لم يركب بنفسه او لم يلبس بنفسه اما اذا ركب ولبس بنفسه فقد اختلف المشايخ فيه قال
بعضهم ليس له ان يعيره اذا اعار لا يضمن وهو اختيار شيخ الامام فخر الاسلام علي البزدوي
وقال بعضهم له ان يعير واذا اعار لا يضمن وهو اختيار شمس الائمة وشيخ الاسلام رحمه الله وكذلك
في الابتداء لو اركب غيره او البس غيره ثم اراد ان يركب ويلبس بنفسه ففيه اختلاف المشايخ رحمه الله
على نحو ما ذكرنا والمستعير هل يملك الايداع قال بعض مشايخ العراق وهو اختيار الفقيه ابي
الليث والامام ابي بكر محمد بن الفضل انه يملك الايداع لانه يملك الاعارة والايداع دونها

Copyright © King Saud University

وقال بعضهم لا يملك وهو الصحيح لان الاعارة تمليك المنفعة والمنفعة مملوكة فكانت الاعارة تصرفا
في ملك نفسه قصدا وانما يتحقق التصرف في ملك الغير وهو العين بالتسليم ضمنا وضرورة
تمكن المستعير الثاني من استيفاء المنفعة المملوكة اما الايداع فتصرف في ملك الغير وهو
العين قصدا فلا يملكه كذا في الاوضح **قوله** والقرض ادناهما لكونه شغليا او لان القرض
ادناهما ضررا لانه اقل ضررا على المعطي لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو اقل ضررا
على المعطي لانه يوجب رد المثل بخلاف الهبة وما هو اقل ضررا هو ثابت يقينا **قوله** فان استعار
دراهم ليصير بها ميزانا الصواب ليعاير قال في المغرب وقوله استعار دراهم ليصير بها صيحانه
اي ليسوي ثم قال الصواب ليعاير يقال عايرت المكاييل والموازين اذا قايستها وذلك بان
يكون موزونة بصنجة عدل او لا يوجد تلك الصنجة فاستعارة هذه الدراهم ليسوي
الميزان بها او يزين بها دكانا بان استعار دراهم كثيرة فوضع على الدكان حتى يظن الناس
غناه فيعاملوا معه **قوله** ثم ان لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير غير
مغرور **فان قيل** هو مغرور لانه ان لم يوقت صريحا لكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام
فكانت الاعارة لهما توقيتا **قلنا** وقد يبني بيتا قليلا بان يسكن شتاء ثم ينقض ذا جاء الصيف
والشجر قد يغرس ثم يقلع بعد زمان ليباع كما هو العادة وهذا عندنا وعند ابن ابي ليلى البناء
للمعير ويضمن قيمته لان دفع الضرر عن الجانبين واجب انما ينفع بهذا كالثوب اذا صبغ
بصبغ غيره ولاذا صاحب الثوب له باخذه فانه يضمن للصباغ قيمة صبغه كذا هذا قلنا
ثم رضي صاحب الارض بما نص به ولا يجوز المصير اليه بدون الضرورة ولا ضرورة هنا لان الامكان
تميز حق كل واحد منهما عن الآخر بخلاف الثوب فانه لا يمكن ومع هذا لا يلزمه قيمة الصبغ بدون
رضاه وله ان يابى التزام القيمة حتى يباع الثوب فكذا هنا لا يلزمه بدون رضاه **قوله** وضمن
المعير ما نقص البناء والغرس القلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له يعني ينظر كم يكون قيمة
البناء والغرس اذا بقي الى المدة المضروبة فيضمن ما نقص من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء
الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا واذا قلع في الحال يكون قيمة النقض دينارين فيرجع بثمانية
دنانير **فان قيل** الغرور بمباشرة عقد الضمان سبب الرجوع الا ترى انه لو استحق الموهوب
بعد هلاكه ضمن الموهوب له ولا يرجع بما ضمن على الواهب لان الغرور في ضمن عقد المعاوضة
سبب الرجوع لا في غيره والمعير لم يباشر عقد الضمان وان وقت **قلنا** كلام العاقل محمول
على الفائدة ما امكن ولا حاجة الى التوقيت في تصحيح العارية شرعا ثم لما وقت المعير مع
ذلك لا بد لذكر الوقت فائدة اخرى وليس في ذلك الا الالتزام بقيمة البناء والغرس ان اراد
اخراجه قبل مضي الوقت فصار تقدير كلامه كانه قال لابن ابي ليلى في هذه الارض لنفسك على ان
اتركها في يدك الى كذا من المدة فان لم اتركها فانا ضامن لك ما تنفق في بنائك ويكون

بنائك

بناءك لي فاذا ابدا رد في الاخراج ضمن قيمة بنائه وغرسه ويكون كانه يبيع له بامره **قوله** وفي
الزرع كانه مراعاة الحقين لانه انما يترك بالاجر هكذا قالوا كيلا يفوت منفعة الارض
مجانا فلا يفوت زرع الآخر بعيد للنظر من الجانبين كذا في الاجارة اذا انقضت المدة
والزرع لم يدرك بعد فانه يترك الارض باجر مراعاة للجانبين كذا هنا **قوله** لانه ليس
زمانه معلوما فيكون له ضرر في الجانبين فيرجح جانب الاصل **قوله** لان منفعة قبضه
للواهب يعني فلا يكون عليه مؤنة رده لانه يتوصل به الى ملك الآخر اكثر ما فيه ان لكل واحد
منهما فيه منفعة لكن منفعة الاجر اقوى لانه مالك العين وملك المستاجر في المنفعة والمنفعة
تابعة للعين **قوله** ولو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المربط فيكون مسقطا مؤنة الرد
عن المالك له مستعيرا ولا يضمن اذا رد بالاحسان **قوله** وعلى المسألة آه لانه لما ضمنها في يد
اجنبي يكون وديعة فعلم انه لا يملك الايداع اذ لو ملكه لما ضمن **قوله** ولولا هذه المسألة
الاعارة لا تنقضي المدة يعني ان المشايخ الذين قالوا بان المستعير يملك الايداع اولوا هذه
المسألة وهي قوله وان ردها مع اجنبي ضمن المستعير وانما ضمن المستعير هنا لانه لم يبق
مستعيرا بسبب انقضاء مدة الاستعارة حيث دفع الى الآخر بعد فراغه من استعماله ونحن
انما قلنا بجواز الايداع للمستعير اذا كان قائما على كونه مستعيرا وهنا لم يبق مستعيرا فبقيت
العارية في يده وديعة وليس للمودع ان يودع غيره فاذا اودعها غيره وفارقه يضمن
بالاتفاق والله اعلم

كتاب الهبة

هي التبرع بما ينفع الموهوب له لغة يقال وهب
له مالا وهبا وهبة وموهبة وقد يقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه مالا ويسمى الموهوب
هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتهبه منه قبله واستوهبه سأله وهو تمليك العين
بلا عوض شرعية واهلها اهل التبرع وهو الحر المكلف وركنها الايجاب والقبول لانها
عقد وقيام العقد بالايجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير الا بتمليكه والزام
الملك على الغير لا يكون بدون قبوله وانما يحنث لو حلف ان لا يهب فوهب فلم يقبل لانه
انما يمنع نفسه عما هو مقدور له وهو الايجاب لا القبول لانه فعل الغير وشرطها ان يكون
الموهوب مقسوما محوزا او مميزا وحكمها ثبوت الملك وشرعيتها بقوله تعالى واذا حييتم
بتحية فحيوا باحسن منها او ردوها والمراد بالتحية العطية وقيل المراد بها السلام والاظهر
هو الاول فان قوله او ردوها يتناول ردها بعينها وذا انما يتحقق في العطية لان رد عين
الكلام لا يتصور وقوله عليه السلام تهادوا تحابوا واجماع الامة ولانها من باب الاحسان
واكتساب سبب المودة بين الاخوان وكل ذلك مندوب اليه بعد الايمان **قوله** لان الجواز
بدونه ثابت بالاجماع **قوله** وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به
وهو التسليم لانه لو ثبت الملك بمجرد العقد يتوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى

Copyright © King Saud University

ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به والايجاب بشئ لم يتبرع به مخالف لموضوع التبرعات بخلاف
المعاوضات ولا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد فائدة
الملك لتمكن من التصرفات وهذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه ولا يقال انه لما وجب
فقد لزم التسليم بالتزامه كما اذا شرع في النفل لانا نقول لحوق المالك في العين وملك
مال ومالك اليد فانه ملك اليد ينقصه يضمن بالغصب كما يضمن الاصل الا ترى ان المدبر
يضمن بالغصب مع ما اذا لم يضمن بالغصب الا بيع وكذلك يعاض على ازالة اليد بعقد الكتابة
وليس فيها الا ازالة اليد فلما كان مقصودا بنفسه لم يلتزم بالتزام احدهما التزام الاخرى
بخلاف الشروع في النفل فان المؤدى صار بعد الصيانة وذلك بالاتمام فوجب **قوله**
بخلاف الوصية وجه الايراد ان هذا عقد هبة يوجب الملك قبل القبض قياسا على الهبة
بعد الموت وهي الوصية بل والحاد الوصية هبة متعلقة بالموت وهذه مرسلة وهي
اقوى والجواب منه ان الوصية تمليك بعد الموت وقد زال ملكه بعد الموت فزال
بهذه الوصية لا يلزم شيئا لم يتبرع به فلا ضمان **قوله** وحق الوارث متاخر عن الوصية فلم
يملكها جواب سؤال مقدر وهو ان يقال ان انعدام اهلية اللزوم للموصي بالموت فوارثه
خلفه في ملكه فكان ينبغي ان يتوقف ملك الموصى له الى وقت تسليم الوارث الموصى به الا ان
الوصية عقد تبرع كالهبة وهناك يتوقف ملك الموهوب له الى وقت التسليم فكذلك في الوصية
ينبغي ان يكون كذلك فاجاب بان الوارث اجنبي عما صح فيه الوصية فكيف يصح تسليم الاجنبي
فلما لم يوجد تسليم من يصح تسليمه ثبت الملك للموصى له في الموصى به قبل القبض فلم يكن الزام
التسليم عليه الزاما على المتبرع **قوله** ولنا ان القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث انه يتوقف
عليه ثبوت حكمه وهو الملك والمقصود منه اثبات الملك لان مقصود الواهب من الايجاب اثبات
الملك فيكون الايجاب منه تسليطا على القبض تحقيقا لمقصوده **فان قيل** الايجاب لو
كان تسليطا على القبض في المجلس لما صح الامر بالقبض بعده **قلنا** انما لا يصح القبول بعد
المجلس لان الايجاب البائع شطر العقد وانه لا يتوقف على ما وراء المجلس فاما في الهبة فهو
الايجاب لانه تبرع وهو تام بالمتبرع حتى يحنث به في يمينه لا يهب الا في حق الموهوب له لانه
الا بالقبول فاذا وجد الايجاب في القبول جاز ان يتوقف على ما وراء المجلس لوجود شرطه
وهو القبض **قوله** بخلاف ما اذا قبض بعد الافتراق لانه لا بد من بقاء الايجاب على الصحة
من القبض الا ترى ان القبض حتى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا
اذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواجب على الصحة وجود القبض لا محالة كان
الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في البيع جعلنا اقدام البائع
على الايجاب اذنا للمشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا ان ما ثبت بالقبض

بز

ثبت ضرورة والثابت بالضرورة معتبر بقدرها والضرورة تندفع بثبوت الاذن في المجلس
لان الايجاب يبقى صحيحا مع القبض في المجلس فلا يثبت فيما وراءه بخلاف ما لو ثبت نصا لانه
ثابت من كل وجه فيبقى في المجلس وبعده **قوله** فان النبي عليه السلام اكل اولادك نحلت مثل
هذا خاطب النبي عليه السلام بشيرا والد النعمان وهو بشير بن سعد النعمان من بشير رضي قال نحلني
ابي غلاما وانا ابن سبع سنين فابت امي الا ان تشهد على ذلك رسول الله صلى الله عليه
وسلم فحملني ابي على عاتقه الى رسول الله عليه السلام فاخبره بذلك فقال الك ولد سواه قال
الكل اولادك نحلت مثل هذا فقال لا فقال هذا جور **قوله** وأعمرتك هذا الشيء اي جعلت لك
هذا الشيء مدة عمرك فاذا مت فهو لي نقال العمرى الدار قال الهي لك عمره اسكوا عليكم
اموالكم لا تعمروها فمن اعمر شيئا فهو له ومنه العمرى **قوله** فهو للمعمر له ولورثته المعمر له من بعد المعمر له
حتى يثبت الهبة ويبطل ما اقتضاه من شرط الرجوع **قوله** لان الحمل هو الاركاب حقيقة فلا يقال
كيف يستقيم قوله ان حقيقة الاركاب فقد سبق ذكره في العارية ان قوله حملتك تمليك العين
لانا نقول حقيقة الاركاب نظرا الى الوضع وهو تمليك العين في العرف عند الاستعمال ولكن
الحقيقة ما صارت مهجورة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشترك **قوله** لما ذكرنا من قبل ان
ما ذكره في كتاب العارية من قوله عليه السلام المنحة مردودة **قوله** ولو قال داري لك هبة تسكنها
هبة وكذا الك او سكنى هبة تسكنها **قوله** لان العارية محكمة في تمليك المنفعة فلعله توهم
ان المذكور قبله هبة عارية او عارية هبة فعلل بذلك ولان قوله سكنى عارية تذكر العلة
في التعليل فكان السكنى لدلالة السكنى على العارية **قوله** لما قدمنا اشارة الى قوله لان العارية
محكمة في تمليك المنفعة وذلك لان اللام التمليك يحتمل تمليك المنفعة فكان اول كلامه
محتملا تمليك السكنى وقوله سكنى محكم في تمليك المنفعة كانه للمحتمل تمليك الرقبة ولانه
خرج تفسيرا لاول الكلام فيتغير به حكم اول الكلام فصار الحكم قاضيا على المحتمل فكانه قال
لك سكنى داري فتكون عارية **قوله** لان قوله تسكنها مشورة وليس تفسيرا لان قوله تسكنها
فعل فانه لا يصلح تفسيرا للمذكور سابقا ولكنه مشورة اشار عليه في ملكه فان شاء قبل مشورته
وسكنها وان شاء لم يقبل وهو بيان للمقصود انه ملكه الدار ليسكنها وهذا معلوم وان لم
يذكره فلا يتغير به حكم التمليك بمنزلة قوله هذا الطعام لك تأكله او هذا الثوب لك
تلبسه **قوله** ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة يعني بالمحوزة ان يكون مفرغا
عن املاك الواهب وحقوقه وقد احترز به عما اذا وهب الثمر على النخل دون النخل
او وهب الزرع في الارض دون الارض لان الموهوب ليس محوزا اي مقبوضا على الكمال
لاتصاله بملك الواهب وقوله مقسومة احترز عن المشاع فانه اذا كان وهب النخل دون الثمر
الموهوب على النخل ولكن الثمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز ايضا لانه غير مقسوم **قوله**

Copyright © King Saud University

هبة المشاع فيما لا يقسم جائزة يعني بما لا يحتمل القسمة اي لا يبقى منتفعا به بعد القسمة اصلا كعبد واحد او لا يبقى منتفعا به من جنس الانتفاع الذي كان قبل القسمة كالبيت الصغير والحمام الصغير وثوب الصغير ويعني بما يقسم ان يبقى منتفعا به في الحالين قبل القسمة وبعدها وفي الذخيرة وذكر الامام الزاهد احمد الطواويسي انه اذا وهب الرجل نصف درهم صحيح من الدراهم العدلية يجوز وهو الصحيح وجعل هذا بمنزلة مشاع لا يحتمل القسمة وذكر اصلا فقال كل شيء يضره التبعيض فيوجب نقصانا في مالية فهو مما لا يحتمل القسمة واذا لم يوجب التبعيض نقصانا في مالية فهو مما يحتمل القسمة وخرج على هذا هبة بعض العبد لان التبعيض يضره وكذلك الدينار الصحيح اذا كان يضره التبعيض يجوز هبة بعضه **قوله** كالبيع بانواعه اراد بانواع البيع الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان المشاع لا يمنع تمام القبض في هذه العقود بالاجماع **قوله** كالقرض والوصية وصورة القرض المشاع اذا لو دفع الف درهم مثلا الى آخر على ان يكون نصفه قرضا عليه ونصفه بضاعة او يعمل في النصف الآخر بشركة فانه يجوز مع القبض شرط لوقوع الملك في القرض ثم لا يشترط القسمة فيه **قوله** ولنا ان القبض منصوص عليه في الهبة وهو قوله عليه السلام لا يجوز الهبة الا مقبوضة فيشترط كماله كاستقبال القبلة في الصلاة لما كان منصوصا عليه شرط كماله حتى لو استقبل الحطيم لم يجز لانه ثبت من وجه دون وجه والمشاع لا يقبل القبض الا بضم غير الموهوب له والحاصل ان ما يكون متعلقا بغيره يكون القبض من الحاصل مقصودا بنفسه وههنا لان الثابت من وجه دون وجه لا يكون ثابتا مطلقا ويدل المطلق لا يثبت الكامل ثم القبض مع الشيوع ثابت من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن الحيازة وهو ان يصير الشيء في حيز القابض والمشاع في حيزه من وجه دون وجه لانه في يده من وجه وفي يد شريكه من وجه فتمام الحيازة بالقسمة لان القسمة تجمع الاجزاء المتفرقة وما لم تجتمع لا يصير محوزة على الحقيقة في يد الا بغيره وذلك الغير موهوب فيمتنع تمام الحيازة لما هو له لان ما للغير محوز له من طريق الحكم فاذا لم يتحقق الحيازة في حق ملك الغير محققه لا يصير محوزا الا بغيره فصارت الحيازة ناقصة فلا ينتهض لافادة الملك **قوله** والمهايأة تلزمه فيما يتبرع به وهو المنفعة هذا جواب شبهة ترد على قوله ولانه لا يلزمه مؤونة القسمة وهي انه يستوجب عليه المهايأة وان لم يلزمه مؤونة قسمة العين فيما لا يقسم فاجاب ان المهايأة قسمة المنفعة وعقد التبرع لاقى العين فلم يكن ذلك ضمانا في عين ما تبرع به ولا يرد على هذا ما لو اتلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمة الموهوب له لان ذلك الضمان يلزمه بالاتلاف لا بعقد التبرع وضمان المقاسمة ههنا وان كان العين بسبب الملك لكن ذلك الملك حكم الشراء وقد البيع فانه عقد ضمان فيجوز ان يتعلق به ضمان المقاسمة

قوله فالقبض

قوله فالقبض فيهما غير منصوص عليه الخ هذه البيوع حتى يراعى بوجوده على اكمل الجهات قوله عليه السلام يدا بيد لبيان التعيين الا ان التعيين في الثمنين يكون بالقبض فكان القبض شرط بقاء الصرف والسلم على الصحة لا شرط الابتداء والبقاء اسهل من الابتداء ولا كذلك في الهبة فان المنصوص عليه القبض فيها ليقع صحيحا فافترقا **قوله** لان الحكم يدار على نفس الشيوع وهذا لان القبض في الهبة لا يتم الا في الجزء الشائع بقبض الشريك لا يتم باعتبار ما قاله وانما يتم به وبغيره وهو ما كان مملوكا له وما يشترط لا تمام العقد فانما يعتبر ثبوتا فيما يتناوله العقد دون غيره ولا يلزم الاجارة فانه يجوز مع الشريك في ظاهر الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشيوع يمنع صحة الاجارة لعدم القدرة على تسليم ما آجره ولا شيوع مع الشريك لان الكل يحدث على ملكه فاما الشيوع يمنع صحة الهبة لمعنيين لايجاب ضمان القسمة على المتبرع ويكون القبض ناقصا بسبب الشيوع والكمال شرط في قبضه لانه منصوص عليه وههنا بان لم يوجد احد المعنيين فقد وجد المعنى الآخر **قوله** ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة اي لا يثبت حكمها وهو الملك لان الاصل ان القبض مشاعا ويكون مضمونا على الموهوب له اذا انتقض وذكر عصام انها تفيد الملك وبه اخذ بعض المشايخ **قوله** لان الموهوب معدوم لان الدقيق حادث بالطحن والدهن بالعصر ولهذا لو فعله الغاصب كان مملوكا له وهذا لان قبل الطحن هو حنطة والدقيق غير الحنطة وكون الشيء الواحد شيئين في وقت واحد مستحيل فعرفنا انه اضاف العقد الى المعدوم فكان لغوا بخلاف ما في الباب الذي يحصل بالسمسم والعصر الا ان العصر اخرجها وجودا فيضاف الوجود اليه كنا غلة الحنطة نصا فيتناوله النتاج الى الصناعة فان لم يكن مع الحنطة والارض **فان قيل** الدهن ان لم يكن موجودا في السمسم قبل العصر وجب ان يجوز بيع الدهن بالسمسم مطلقا ولا يشترط ان يكون الدهن ايضا اكثر مما في السمسم **قلنا** جعلنا الدهن مضافا الى العصر والشبهة كالحقيقة في باب الربا ولكن لا يكفي لصحة الهبة **قوله** لان امتناع الجواز للاتصال الموهوب بما ليس بموهوب من ملك الواهب مع امكان الفصل فخالف يمنع القبض كالشائع واذا كانت العلة هي اتصال الموهوب له بملكها بالهبة وان يجب قبضا والاصل فيه انه متى تجانس القبضان ناب احدهما عن الآخر واذا تغايرا ناب الاعلى عن الادنى ولا ينوب الادنى عن الاعلى فيجاز هو ان الشيء اذا كان مغصوبا في يده او مقبوضا بالعقد الفاسد فباعه منه بيعا صحيحا جاز لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين اذ كل واحد منهما مضمون وكذلك اذا وهبه له ايضا لا يحتاج الى قبض آخر لكون ذلك القبض على وجه كونه مضمونا وكذلك اذا كان الشيء وديعة في يده او عارية فوهبه له المالك من صاحب اليد فانه لا يحتاج الى قبض آخر لاتفاق القبضين امانة ولو كانت وديعة عنده او عارية

فما عنده فانه يحتاج الى قبض جديد لان قبض الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وذكر ابو
في شرحه انه اذا كان مضمونا بغيره كالمبيع والمرهون لا ينوب عن القبض الواجب بالهبة
ولا بد من قبض جديد وهو ان يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه
من قبضها لان العين وان كانت في يده مضمونة بغيرها الا ان هذا الضمان لا يطرء البراءة
منه مع وجود القبض الموجب له فلم يكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض
المستحق بخلاف المضمون بقيمتها او مثلها حيث يصح البراءة عنه الا ترى انه لو ابرا الغاصب
من ضمان الغصب جاز فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فينوب
الهبة له واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد ولا فرق بين ما اذا
كان في يده او في يد مودعه لان يد المودع كيد المودع حكما فيمكن ان يجعل قابضا للولد
باليد التي هي قائمة مقام يده فان قيل ثم قلتم اذا وهب لولده عينا من المودع جاز ولو
كانت يده كيد المودع لم يكن قابضا لنفسه بحكم يده قلنا اليد للمودع في الحقيقة وباعتبار
هذه الحقيقة ربما يجعل قابضا لنفسه ويده قائمة مقام يد المودع ما دام هو في الحفظ
عاملا للمودع فاذا تبدل التمليك بالهبة بان ما بعد ذلك فهو عامل لنفسه قوله والصدقة في
مثل الهبة اي في حكم نيابة القبض عن قبض الصدقة كما اذا تصدق على غيره بشيء في يده
او على ابنه الصغير قوله وكذلك كل من هو له يعني الاخ والعم والاجنبي اذا وهب
للصغير من يعوله شيئا وهو كما ذهب الاب لابنه الصغير في حكم القبض قوله لان لهؤلاء
ولاية عليه وفي الايضاح ولا يجوز قبض غير هؤلاء الاربعة اراد بذلك الاربعة الاب
ووصيه والجد اب الاب ووصيه ومع وجود واحد منهم سواء كان الصبي في عيال
القابض او لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه او اجنبيا لانه ليست لهؤلاء ولاية
التصرف في المال فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له ثم
قال وان لم يكن احد من هؤلاء الاربعة جاز قبض من كان الصبي في حجره وعياله ولم
يجز قبض من لم يكن في عياله لانه اذا كان في عياله فله عليه ضرب من الولاية الا ترى
انه يؤدبه ويسلمه في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة
لانه من باب المنفعة قوله وكذلك اذا كان في حجر اجنبي يربيه اي يجوز للاجنبي
الذي يربيه قبض الهبة له عند عدم هؤلاء الاربعة وفي المبسوط واذا ثبت ان للاجنبي
الذي يعوله ان يقبض هبة الغير له فكذلك اذا كان هو الواهب فاعلمها وابانها
فهو جائز وقبضه له قبض وسواء كان الصبي يعقل او لا يعقل ثم قال في شرحه نوع
اشكال لانه اذا كان يعقل فهو من اهل ان يقبض بنفسه فلا حاجة الى اعتبار الخلف هنا
والجواب انه يقبض لا باعتبار الولاية على نفسه والصغير ينفي ولاية غيره عن نفسه ولكن

لتوفير

لتوفير المنفعة عليه وفي اعتبار قبضه بعقله مع ذلك معنى توفير المنفعة اظهر لانه يفتح
عليه باب ان يحصل هذه المنفعة بخلاف الولد الكبير لانه يقبض هناك بولاية على
نفسه وولاية الغير خلف فلا يظهر عند ظهور الاصل وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز
معناه اذا كان عاقلا لانه نافع في حقه وهو من اهله اي من اهل مباشرة ما يتمحض نفعا له
وهذا الذي ذكره جواب الاستحسان وهو قولنا واما جواب القياس وهو قول الشافعي رح
لا يجوز قبض الصغير بنفسه لانه لا معتبر قبل البلوغ خصوصا فيما يمكن تحصيله له بغيره
فان اعتبار عقله للضرورة وذلك فيما لا يمكن تحصيله له بغيره ولهذا لم يعتبر الشافعي
رح عقله في صحة اسلامه واعتبره في وصيته واختياره لاحد الابوين لان ذلك لا يمكن
تحصيله له بغيره قوله في الصحيح متعلق بقوله حيث لا تملكونه وفي النهاية قوله في الصحيح متعلق
بقوله ويملكه مع حضرة الاب اي يملك الزوج قبض الهبة للصغيرة مع حضرة
ابيها في الصحيح فانه بعيد قوله وهو تدبيرنا جملة فلا شيوع والمؤثر الشيوع عند القبض
لا عند العقد حتى لو وهب الكل ثم سلم النصف لا يجوز ولو وهب النصف وسلم الكل جاز
والفقه فيه ان الشائع محل لحكم الهبة وهو الملك فان الشائع يقبل الملك لكن الملك
موقوف على القبض وذلك لا يتحقق في الشائع فظهر ان اثر الشيوع في حق القبض دون
العقد فصح العقد فاذا قال لا شيوع وورد القبض على غير الشيوع تم على الصحة قوله
كما اذا رهن من رجلين بل اولى لان تاثير الشيوع في الرهن اكثر منه في الهبة حتى لا يجوز
الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة بخلاف الهبة ثم لو رهن من رجلين جاز فالهبة اولى
ولان الشيوع انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعا فاما اذا حصل في احد الطرفين
فلا يؤثر لانه لا يلحق بالمتبرع ضمان قال ابو حنيفة رح يقول قبض كل واحد منهما لا في جزء شائع
فذلك غير موجب للملك فيما يحتمل القسمة بحكم الهبة كما لو وهب النصف لكل واحد منهما
بعقد على حدة وهذا لان تاثير الشيوع باعتبار ان القبض لا يتم معه وذلك موجود
هاهنا وكل واحد منهما لا يقبض الا نصيبه ولا يتم قبضه مع الشيوع لان القبض في المشاع
لا يتحقق على سبيل الكمال فان قيل هذا على تمام الملك بالتسليم ولا شيوع فيه بعد القبض
فان الملك انما تعلق بالقبض لنفي الضمان عن المتبرع من جانبه بغير جنايته وهو التسليم
لا من جانب القبض قلنا التسليم انما يعتبر اذا حصل به التمكن من القبض بصفة الكمال
لانه طريق للقبض فاذا لم يتمكن هو من القبض بصفة الكمال لم يعتبر التسليم قوله وعلى هذا
الاعتبار يتحقق الشيوع اي على اعتبار ان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف قوله في
الاصل سوى في الاصل عقيب مسئلة الهبة وكذلك الصدقة وهذا يدل على ان
الصدقة على اثنين فيما يحتمل القسمة باطل عند ابي حنيفة رح كالهبة لتوقفهما على القبض

فوجب ان يستويا وفي هذا الطرف اذا المفسد واحد وهو الشيوع وفرق بينهما في الجامع الصغير
ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه في الايضاح نقلا عن ابي يوسف انه اذا قال لرجلين وهبت
لكما هذه الدار لهذا نصفها فهو جائز لان هذا التصريح ان يكون تفسيرا للحكم الواقع بالهبة
فيجعل كأنه قال فلم يعتبر ذلك شيوعا في العقد ولو قال وهبت لك نصفها لم يجز لانه اظهر
الشيوع في نفس العقد معتبر في حكم العقد ثم فرق ابو حنيفة في احدى الروايتين عنه بينهما اذا نص
على الابعاض متساويان ومتفاضلان والفرق ان حالة التفصيل متى كانت لا تخالف حالة
الاجمال فالتفصيل لغو ومتى كانت تخالف حالة الاجمال فلابد من اعتبار حالة التفصيل
لان كلام العاقل يحمل على الفائدة بعينه فاذا لم يكن مفيدا لا يعتبر فاذا نص عليهما فالتفصيل
لا يخالف الاجمال ان موجب العقد عند الاجمال هو التنصيف فلا يعتبر تفصيله واذا تفاوت
بينهما فالتفصيل يخالف الاجمال فلابد من اعتباره واذا اعتبر تفرق العقد فظهر الشيوع
في كلا العقدين وهذا بخلاف الرهن لان حالة التفصيل ثمة تخالف حالة الاجمال في الوجهين
لان عند الاجمال يثبت حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت سواء كان
التفصيل متساويا او متفاضلا **باب** الرجوع في الهبة **قوله** واذا وهب هبة لاجنبي
احترازا بالاجنبي عن القريب المحرم وجعل القريب غير المحرم في حكم الاجنبي فله الرجوع فيها
اي بالتراضي او بقضاء القاضي ذاك يعرف بما يمنع الرجوع وذكر الاحكام بعد الفراغ
من ذكر العقود **قوله** بخلاف هبة الوالد لولده على اصلنا فان من اصل الشافعي ان للاب
فيما للابن حق الملك ومن هنا لم يجوزان للاب ان يستفرج امة ابنه لان له فيها حق الملك
لقوله عليه السلام ان اطيب ما يأكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه وقوله عليه السلام انت ومالك
لابيك وهذا بظاهره يوجب حقيقة الملك في مال ابنه ثم هو ان لم يثبت الحقيقة فلا اقل
من ان يثبت الحق فلا يجوز له ان يتزوج امة ابنه كما لا يجوز للمولى ان يتزوج امة مكاتبه
قوله ولنا قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها ولا يقال ان المراد منه ما قبل التسليم
فلا يكون حجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه اطلق اسم الهبة على الكمال وذا لا يكون قبل القبض
والتسليم ولانه عليه السلام جعله احق بها وهذا يقتضي ان يكون لغيره فيه حق وذلك انما يكون
بعد القبض لانه لو كان كذلك لخلا قوله عليه السلام ما لم يثب منها عن الفائدة اذ هو
احق وان شرط العوض قبله **قوله** والمراد منه ما روي نفي استبداد الرجوع يعني الواهب
لا يستبد بالرجوع في هبته بل لابد من القضاء او الرضاء الا الوالد فانه يستبد بالرجوع
فيما يهبه لولده عند احتياجه الى ذلك الا انه فعله بنفسه وذلك قد يسمى رجوعا
في الهبة مجازا كما يقال ان عمر رضي الله عنه حمل واحدا على فرس في سبيل الله ثم رأى ذلك
الفرس يباع فاراد ان يشتريه فنهاه عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك قال

لا تعد

لا تعقد في هبتك مع ان الشراء لا يكون رجوعا حقيقة او المراد لا يحل الرجوع ديانة
ومروة كقوله عليه السلام لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر ان يبيت شبعان وجاره
الى جنبه طاو اي لا يليق ذلك بالديانة والمروة وان كان جائزا في الحكم اذا لم يكن عليه حق
واجب هكذا نقول لا يليق بالمروة الرجوع ويكره الا ترى انه قال عليه السلام العائد في هبته
كالعائد في قيئه وهذا التشبيه في معنى الاستقبال او الاستقذار لا في حرمة الرجوع كما زعم
الشافعي الا ترى انه قال في رواية كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه وفعل الكلب لا يوصف بالقبح
لا بالحرمة وبه نقول انه مستقبح **قوله** ثم للرجوع موانع هي سبعة احدها ان يعوض العوض
وثانيها الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن ولو كانت الزيادة منفصلة بان كانت
الهبة امة فولدت عند الموهوب له من نفع او مجهود فللواهب ان يرجع فيها دون الولد
لان الرجوع في الاصل دون الزيادة ممكن وان كانت الزيادة من سعر فله ان يرجع لان
زيادة السعر ليست بزيادة في عين الموهوب انما هي زيادة رغبة الناس فيه والعلائق بها
كما كانت فلا يمنع الرجوع وثالثها موت احد المتعاقدين ورابعها خروج الهبة عن ملك
الموهوب له وخامسها المحرمية بالرحم وسادسها الزوجية وقت الهبة حتى لو وهب
لامرأة هبة ثم ابانها فليس له ان يرجع فيها وسابعها هلاك الموهوب فيجمع الكل دمع
خزقة فالدال الزيادة والميم موت احدهما والعين العوض والخاء الخروج عن ملك
الموهوب له والزاي الزوجية والقاف القرابة والهاء هلاك الموهوب **قوله** فان وهب
لاخر ارضا بيضاء الزيادة في الارض قد لا تعد زيادة وقد يكون زيادة في الكل بان ازداد
بها قيمة الكل وقد يعد زيادة في قطعة منها اما اذا بنى وكان لا يعد ذلك زيادة في الدار لانه
الزيادة في جانب الدار يوجب زيادة في كل الدار يزداد بها قيمة كل الدار كما اذا كان في احدى
جانبي الجادة بياض فلا اعتبار بالزيادة فيما يكون زيادة في كل الجادة وان كانت
في موضع خاص كذا هنا **قوله** الادري المطلق عند العامة وهو مراد الفقهاء وعند العرب
الادري الاحمر وهي عروة حبل يشد اليها الدابة في محبسها فاعول من تادى بالمكان
اذا قام به كذا في المغرب **قوله** فليس له ان يرجع في شيء منها فان ترافعا الامر الى القاضي
ولم يقض بمكان الزيادة ثم ان الموهوب له ان هدم الزيادة وقطع الشجر هل عاد حق الرجوع كما كان
للواهب له ان يرجع لزوال المانع بخلاف ما لو اشترى عبدا على انه بالخيار ثلاثة ايام فحم العبد في
الايام الثلاثة فخاصمه في الرد فابطل القاضي حق المشتري لمكان الحمى ثم زال الحمى قبل الثلاثة ايام
ليس له ان يرد والفرق ان حق الواهب في الرجوع لا يحتمل السقوط حتى لو قال اسقطت او ابطلت
لا يسقط فلا يسقط بسبب الزيادة الا انه امتنع لمانع فاذا زال عاد الرجوع فاما حق المشتري
يحتمل السقوط بقوله اسقطت فكذا باسقاط القاضي كذا ذكر الخبازي في ذكر صاحب النهاية

Copyright © King Saud University

فيه رجل وهب لرجل مصيفا فبنت عند الموهوب له وكبر وطال ثم صار شيخا فاراد الواهب ان
يرجع فيه وقيمته الساعة اقل من قيمته حين وهبه فليس له ان يرجع فيه لانه زاد من وجه و
انتقص من وجه وحين زاد سقط حق الرجوع فلا يعود بعد ذلك **قوله** واذا قال الموهوب
له للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك وصورة التعويض ان يذكر لفظا يعلم الواهب انه
عوض هبته بان يقول الموهوب له هذا عوض هبتك او ثواب هبتك واما اذا وهب من
الواهب شيئا قليلا او كثيرا من جنس الهبة او من غير جنسها لان هذه ليست معاوضة محضة
فلا يتحقق فيه الربوا وانما تاثير العوض في قطع الحق في الرجوع لتحصيل المقصود ولا فرق في
ذلك بين القليل والكثير اذ ابينه للواهب فهو يمنع الواهب وشرط شرائط الهبة في العوض
من القبض والافراز لانه تبرع وينبغي ان يكون من غير الموهوب لما اذا عوض شيئا من
الموهوب عوض الموهوب لم يجز وفي المبسوط وان كانت الهبة الف درهم والعوض
درهم واحد من تلك الدراهم لم يكن عوضا وكان للواهب ان يرجع في الهبة وكذلك ان
كانت الهبة دارا والعوض بيت منها وعن زفر انه هنا يكون عوضا لان ملك الموهوب
له تم في الموهوب بالقبض والتحق المقبوض بسائر اموال الرجل كما يصلح سائر امواله عوضا
عن الهبة فكذلك ذلك وكنا نقول ذلك هذا وجه قولنا ان مقصود الواهب بهذا لا يحصل لانا
نعلم يقينا انه بهبة الف درهم من تلك الدراهم لنفسه لان ذلك كان سالما له **قوله** وان عوضه
اجنبي عن الموهوب له متبرعا بين الحكم في التبرع ليثبت الحكم فيما اذا عوضه بامر الموهوب له
باعتبار الطريق الاولى لان ذلك بمنزلة تعويض الموهوب له بنفسه **قوله** وقال زفر يرجع بالنصف
اي بنصف الموهوب اعتبارا بالعوض الآخر وهو الموهوب فانه لو استحق نصفه يرجع
بنصف العوض لان كل واحد منهما يصير مقابلا بالآخر كما في العوض فانه اذا استحق نصف
احدهما يكون للمستحق عليه ان يرجع على صاحبه بنصف ما يقابله ولنا ان الباقي يصلح
عوضا للكل من الابتداء اذ بالاستحقاق ظهر انه لا عوض الا هو **فان قيل** في الابتداء
يجعل تمليك النصف عوضا عن جميع الهبة فيكون ذلك تنصيصا منه على ان النصف عوض
عن نصف الهبة فلا يجوز ان يجعل بالاستحقاق النصف عوضا عن الجميع **قلنا** هذا
يستقيم في المبادلات لان البعض ينقسم على البعض لتحقق المقابلة وهذا ليس بمبادلة
على سبيل المقابلة فلا يثبت هذا التقسيم في حقه ولكن كل جزء من اجزاء العوض يكون
عوضا عن جميع الهبة فلا يجوز ان يرجع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من اجزاء
العوض هكذا في الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم بيعا ومبادلة
فيتوزع البدل على المبدل فاما في مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت
بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت فلا يبطل شيء من الحكم بذهاب بعض ما يصلح

علة

١٦٩

علة اذا بقي ما يصلح علة **قوله** لانه اي لان الرجوع مختلف بين العلماء فمنهم من راى ومنهم من ابى
في اصله اي اصل الرجوع وهاء اي ضعف في المذهب الفقهاء بالملحظ وانما هو الوهي مصدر
وهي الحبل اذا ضعف في حصول المقصود وعدمه خفاء فمن الجائز ان يكون مراده
الثواب والحمل التحبب على هذا لا يرجع لحصول مقصوده الا من له ولاية عامة وهو
القاضي او منها لولايتهما على الغير كالرد بالعيب بعد القبض **قوله** ينفرد على الاطلاق
حال التي القضاء والرضاء لان هذا استيفاء الحق لا يتوقف على القضاء وهذا لان حق الواهب
في الرجوع مقصور على العين وفي مثله القضاء وغيره سواء كالاخذ بالشفعة بخلاف
الرد بالعيب بعد القبض اذا كان بغير قضاء فانه يعتبر عقدا جديدا في حق الثالث لان المشتري
لا حق له في الفسخ وانما حقه في صفة السلامة فاذا لم يكن سليما وفات الشرط كان له
ان لا يرضى فيثبت حق الفسخ ضرورة فيتوقف لزوم موجب الفسخ في حق الثالث على القضاء
قوله وهو غير عامل له احتراز عن المودع اذا هلكت الوديعة في يده واستحقها مستحق
وضمنها فانه يرجع على المودع لان المودع عامل للمودع في الحفظ والغرور بسبب الرجوع
في المعاوضات لا في التبرعات **قوله** واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين
آه وذكر الامام المحبوبي في الجامع الصغير هذا الذي ذكره فيما اذا ذكره بكلمة على
اما لو ذكر بحرف الباء بان قال وهبت منك هذا العبد بثوبك هذا او بالف درهم قيل
الكرخي يكون بيعا ابتداء وانتهاء بالاجماع **قوله** لانه هبة ابتداء **فان قيل** لم يعكس
الامر **قلنا** لان انعقاد العقد باللفظ والمقصود هو الحكم واوانه بعد تمام العقد فعند
الانعقاد اعتبرنا اللفظ لان العقد به ينعقد وعند التمام اعتبرنا المقصود كذا في المبسوط
قوله والعبرة للعقود في المعاني الا ترى ان الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة
بشرط مطالبة الاصيل كفالة وانه لو وهب ابنته لرجل يكون نكاحا ولو وهب امرأة نفسها
يكون طلاقا ولو وهب عبدا لنفسه يكون اعتاقا ولو وهب الدين لمن عليه كان ابراء فاللفظ
واحد واختلف العقود لاختلاف المعنى والمقصود **قوله** وقد امكن جوابه لان يقال لا يمكن
الجمع هنا لتحقق المنافاة بين العقدين فان قضية عقد البيع اللزوم وترتب الملك
عليه بلا فصل وحكم الهبة على عكسه وتنافي اللوازم يستلزم تنافي الملزومين فيتحقق
المنافاة بين البيع والهبة ضرورة قلنا البيع قد يكون غير لازم كالبيع بالخيار وقد لا
يترتب الملك عليه كما في البيع الفاسد لتوقفه على وجود اصل القبض فلم يكن اللزوم
والترتب من لوازمه ضرورة والهبة قد تقع لازمة كهبة القريب عن ... ويترتب الملك عليها
بلا فصل كما لو كانت الهبة في يد الموهوب له فلم يكن عدم اللزوم وعدم الترتب من لوازمها
على ان المستحيل الجمع بين المتنافيين في حالة واحدة فاما اذا جعلناها هبة ابتداء

Copyright © King Saud University

بيعا انتهاء فلا وهذا بخلاف بيع العبد من نفسه لانه لا يمكن فيه تحقيق البيع والاعتاق لانه لا يحمل
معنى البيع بوجه ما اذ العبد لا يصلح مالكا لنفسه لانه لا يملك غيره مالا فكيف يملك نفسه
فصل في الاستثناء والتعليق وغيرهما **قوله** ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل
الاستثناء لانه لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد الاصل ان ما لا يصلح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه
من العقد والهبة فيه لا يعمل في الحمل لكونه جزء منها حقيقة وحكما ولهذا يتحرك بتحركها ويسكن
بسكونها وهو متصل بها اتصال خلقة ويدخل في بيعها واعتاقها ووصيتها بدون الذكر
فلا يجوز الاستثناء لان الاستثناء في الاطراف والاجزاء لا يتحقق لان الدليل المستثنى قام
ولان الاستثناء يبقى شرطا فاسدا لانه على خلاف مقتضى العقد لان العقد يقتضي دخول
الاوصاف وهذا يقتضي خلافه ولو اعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانه لم يبق الجنين على
ملكه فشبه الاستثناء وجه المشابهة ان في صورة اعتاق الحمل لا يبقى الحمل على ملك الواهب
فكذا في استثناء الحمل لان الحمل لا يبقى على ملك الواهب ايضا بعد الاستثناء لعدم صحة الاستثناء
الحمل ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن بشبه الاستثناء والفرق
ان التدبير لا يزيل ملك المدبر فالموهوب متصل بما ليس بموهوب في ملك الواهب فصار
كهبة المشاع فيما يقسم او كهبة شيء هو مشغول بملك الواهب فلم يجز فاما الاعتاق فيزيل
ملك المعتق فاذا وهب الام بعد اعتاق الجنين فالموهوب غير متصل بما ليس بموهوب في
ملك الواهب فهو كما لو وهب ارضا فيها ابن الواهب فانه سلمها الى الموهوب له صحت
الهبة ثم كذا هنا وفي الكافي وشبه الاعتاق بالاستثناء في انه من حيث ان الهبة تصح في
الام كما في اصل الاستثناء وفي التتمة فصل التدبير من حيث ان الهبة للتقسيم في الام
لان تدبير الولد مانع فلم يكن نظير الاستثناء وفي الايضاح والحيني ان الملك في باب الهبة
معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما الشروط تؤثر في
العقود الشرعية لان الحسيات اذا وجدت لا مرد لها فلا يمكن ان يجعل عدما فعلى هذا
كان ينبغي ان لا يفسد الرهن لان حكمه يتوقف على القبض في باب الرهن اعتبر حكم الرهن
فان حكم الرهن يد الاستيفاء وحكم العقد يضاف الى العقد والشرط الفاسد يؤثر في
العقد واما في باب الهبة فالحكم هو الملك والملك يثبت بالقبض فكان للقبض حكم
ركن العلة في باب الهبة والفساد لا يؤثر في الركن بل في الشرط واعلم ان استثناء ما في
البطن ينقسم ثلثة اقسام في قسم يجوز التصرف ويبطل الاستثناء كالهبة والنكاح
والخلع والصلح عن دم العمد وفي قسم لا يجوز اصل التصرف كالبيع والاجارة والرهن
وفي قسم يجوز التصرف والاستثناء جميعا كالوصية **قوله** وبطل شرط العمرى والرقبى العمرى تمليك
بطريق الهبة بشرط الرد عليه متى مات المعمر له فيقول تمليك هذه الدار مدة حياتك او مدة

عمرك فاذا ماتت فهو مردود الي **قوله** لان الدين مال من وجه اي بالنظر الى المال حتى وجبت الزكوة
ووصف من وجه بالنظر الى الحال حتى لا يحنث لو حلف ان لا مال له ولهذا يتم بالهبة وهو
التمليك ويتم بلا قبول وهي ابراء فالاسقاط والتعليق بالشرط مشروع في الاسقاطات
المحضة وهي التي يحلف بها دون ما فيه معنى التمليك **قوله** والرقبى باطل عندهما وقال محمد
وقال ابو يوسف جائز وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقبى مع اتفاقهم انها من
المراقبة فحمل ابو يوسف هذا اللفظ على انه تمليك للحال والرجوع الى الواهب منتظر
فيكون كالعمرى وقالا المراقبة في نفس التمليك لان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهو لك
فكان هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله فبطل **فصل** في الصدقة **قوله**
لما بينا في الهبة اراد به قوله ولان في تجويزه الزام شيء لم يلتزمه وهو القسمة **قوله** وكذا
اذا تصدق على غني استحسانا اي لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير
ومن اصحابنا من يقول الصدقة على الغني والهبة سواء يعني فيهما الرجوع قال لانه انما يقصد
به العوض دون الثواب الا انه كان في حق الفقير جعل الصدقة والهبة سواء في ان المقصود هو
الثواب فكذلك في حق الغني الهبة والصدقة سواء في ما هو المقصود ثم له ان يرجع في الهبة
فكذا في الصدقة ولكنا نقول في ذكره لفظ الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض
ومراعاة لفظه اولى من مراعاة حال التمليك ثم المتصدق على الغني يكون قربة يستحق بها الثواب
فقد يكون غنيا يملك نصابا وله عيال كثيرة والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب الا
ترى ان عند اشتباه الحال يتادى الواجب من الزكوة بالصدقة عليه ولا رجوع لحصول الثواب في
ذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه والله اعلم **كتاب الاجارة**
مباحث الاجارات مذكورة في المغرب غير على الاستقصاء **قوله** الاجارة عقد يرد على
المنافع احترز به عن بيع الاعيان وقوله بعوض عن العارية **قوله** واضافة التمليك الى ما
سيوجد لا يصح لان المعدوم ليس بمحل للعقد لانه ليس بشيء فيستحيل وصفه بانه معقود عليه
ولانه لا يبين ملك المعقود عليه بعد الوجود لانعقاد العقد والمعدوم لا يوصف بانه موجود
ولا يمكن جعل العقد مضافا الى زمان الوجود لان المعاوضات لا تحتمل الاضافة **قوله** الا ان الدار
اقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها هذا عندنا ليرتبط الايجاب بالقبول ثم عمل العقد
يظهر في المنفعة فكان استحقاقا اي ثبت الملك والاستحقاق معا حال وجود المنفعة فينعقد
الاجارة شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع بمنزلة الوصية المضافة الى ما يحدث من نخله
والطلاق المضاف الى شهر بخلاف البيع فان الملك في العين في البيع يثبت في الحال ويتاخر
الاستحقاق الى زمان نقد الثمن وعند الشافعي يجعل المنافع المعدومة موجودة حكما
ضرورة تصحيح العقد فان العقد يستدعي محلا يستحق به اذ الشروع حكم بالانعقاد واللزوم

وهو وصف العقد المنعقد فحكمنا بوجود المحل ليستقيم العقد وما ذهبنا اليه من اقامة الدار
مقام المنفعة اولى لان جعل السبب مقام المسبب امر شايع في الشرع اما جعل المعدوم موجودا
خلاف الاصل لان العدم مع الوجود متنافيان ولهذا اقيمت المراة مقام ما هو المقصود من
النكاح في حكم العقد واقيمت الذمة التي هي محل المسلم فيه مقام ملك المعقود عليه في حكم
جواز السلم ثم للشافعي رحمه الله مسائل على هذا الاصل منها ان الاجرة تملك بنفس العقد ويستوفى في
الحال لانه اعطى المنافع المعدومة حكم الموجود المملوك في حق صحة الاجارة فيصير بمنزلة
بيع عين موجودة والبيع المطلق يوجب الملك في الثمن حالا ومنها اذا آجر دارا شهرين فلم
يسلم شهرا واراد التسليم في الشهر الثاني لم يجبر على التسليم كما اذا اشترى شيئين صفقة
واحدة ولم يسلمها حتى هلك احدهما فان المشتري يتخير في قبض الباقي ومنها اذا مات احد
المتعاقدين لم يبطل عقد المنافع وكذا الموصى له بسكنى الدار اذا مات ورثت عنه السكنى
لانها صارت للموصى له ومنها ان المولى اذا آجر عبده سنة ثم اعتقه بقي العقد لان منافعه
صارت في حكم المملوكة للمستاجر والخارجة عن حكم المولى والعبد فلا يتصرف بالعتق
وكذلك الوصي اذا آجر اليتيم سنة ثم بلغ اليتيم لم يملك نقضه كما لو كان باع ملكه **قوله** ولا يصح
حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة لما روينا وهو قوله عليه السلام من استاجر
اجيرا فليعلمه اجره وهذا الحديث يدل بعبارته على اشتراط اعلام الاجرة وبدلالته على اشتراط
اعلام المنافع وهذا لان المنافع هي المعقود عليه فيجري مجرى المبيع فلما اشترط اعلام الثمن كان
اشتراط اعلام المتبوع اولى فكان اشتراط اعلام المنافع ثابتا بدلالة الحديث فصح الاستدلال
بهذا الحديث على ما ادعاه من اشتراط المنافع واعلام الاجرة **قوله** كالاعلام نحو العبيد
والثياب **قوله** فهذا اللفظ لا ينفي صحة غيره وما جاز ان تكون اجرة لان الاجرة عوض
مالي فكل ما هو يصلح عوضا يصلح اجرة اما الثمن بما يجب في الذمة اذا كانت المنفعة لا
تتفاوت هذا احتراز عن استيجار الارض للزراعة الى مدة معلومة حيث لا يصح العقد
حتى يبين ما يزرع فيها لان ما يزرع فيها متفاوت على ما يجي بيانه في الكتاب ان شاء الله
تعالى **قوله** وهو ما زاد على ثلث سنين هو المختار المتعلق اذا آجر الموقوف ان كان الواقف
شرط ان لا يواجر اكثر من سنة لا يجوز الزيادة على ذلك وان لم يكن شرط جاز اجارته
الى ثلث سنين اما الاجارة اكثر من ثلث سنين مختلف فيه قال مشايخ بلخ لا يجوز وقال
بعضهم يرفع الى الحاكم حتى يبطله وبه اخذ الفقيه كذا في التحرير والحيلة في ان يجوز اكثر من ثلث
سنين ان يرفع الى الحاكم حتى يجوزه وكان الصدر الشهيد يفتي بالجواز في ثلث سنين في
الضياع الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز يفتي بالجواز
في ثلث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي غير الضياع كان يفتي بعدم الجواز فيما زاد

على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز وفي شرح حيل الخصاف الحيلة لجواز الاجارة الطويلة
على الاوقاف ان يعقد عقودا متفرقة كل عقد على سنة فيكتب استاجر فلان بن فلان
كذا ثلثين عقدا كل عقد سنة فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف
كذا في الذخيرة **قوله** وتارة يصير معلومة بنفسه اي بنفس العقد **قوله** كما في اجير الوحد وفي بعض
النسخ اجير الواحد وهو الاصح هو الاول في المغرب اجير الوحد على الاضافة بخلاف
المشترك والوحد بمعنى الوحيد ومعناه اجير المستاجر الواحد وفي معناه الاجير الخاص
وسكون الحاء اصح وحركة الحاء يصح لانه يقال رجل وحد اي منفرد **باب** الاجر متى
يستحق **قوله** الاجرة لا تجب بالعقد المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء بيان ذلك اجمالا
وتفصيلا اما الاجمال فان الاجرة لو كانت عبدا فاعتقه المواجر قبل وجود احد معاني ثلثة
لا تعتق فلو كان نفس الوجوب ثابتا يصح اعتاقه كما في البيع واما التفصيل فانه عقد معاوضة
يعتبر فيه المساواة ولم يوجد في جانب المعقود عليه الا نفس الوجوب لا وجوب الاداء فكذلك
في جانب العوض **فان قيل** لو لم يكن نفس الوجوب ثابتا لما صح التعجيل من المستاجر ولا الابراء
من المواجر **قلنا** انما يصح ذلك نظرا الى انعقاد السبب فالنظر الى انعقاد السبب يجب ان يكون
الحكم متاخرا عنه كما في ساير العقود وانما التراخي للضرورة ولهذا ينتقض ايضا عن قول القايل
ينبغي ان لا يصح شرط التعجيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين وله
مطالب من جهة العباد ولانا نقول لانم بانه ليس مقتضى العقد فان العقد يقتضيه كما في البيع
الا انه ترك لمعارض وهو وجوب المساواة فهو حق المستاجر فاذا اسقط حقه بالتعجيل
زال المانع فصح وقال الشافعي رحمه الله يملك بنفس العقد ويجب التسليم عند تسليم الدار الى
المستاجر لانها عقد معاوضة مطلقة فيوجب الملك في البدل بنفسه كعقد البيع وهذا لان
المنافع المعدومة صارت موجودة حكما في انعقاد العقد لانه من شرط جواز العقد ان
يكون المعقود موجودا مقدور التسليم وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودة كما
جعل النطفة في الرحم ولا حياة فيها كالحي حكما في حق الارث والعتق والوصية وكما جعل الحي حقيقة
كالميت حكما وهو المرتد اللاحق بدار الحرب هذا كالسلم فانه مع المعدوم حقيقة ولكن الشرع جعل
العين المعدوم حقيقة كالموجود حكما في حق جواز السلم كذا هنا ولنا انه عقد معاوضة فيقتضي
تقابل البدلين في الملك والتسليم وجواز العقد ليس باعتبار ان المنفعة المعدومة جعلت موجودة
حكما فكيف يقال هذا الموجود من المنفعة حقيقة لا يقبل العقد لانها عرض لا يبقى زمانين فالتسليم
حكم العقد فيكون عقيبه ما يقال لا يتصور تسليم بحكم العقد وما لا يتصور تسليم بحكم العقد لا
يكون محلا للعقد المعاوضة بل باعتبار ان العين التي هي سبب لوجود المنفعة اقيمت مقام المنفعة
في حق صحة الايجاب والقبول ثم ان انعقاد العقد في حكم المعقود عليه في حكم المضاف الى وقت الحدوث

وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة في حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث
المنافع وانما اقيم السبب مقام المسبب ضرورة تصحيح العقد بشرط الايجاب بالعوض
فيتقدر بقدرها ولا ضرورة في تملك البدل فبقي العقد بلا تعجيل البدل كالعقد المضاف
الى وقت الحدوث فلا يثبت الملك قبله واقامة السبب مقام المسبب اصل في الشرع كما اقيم
السفر مقام المشقة والبلوغ مقام كمال العقل وهلم جرا من النظائر وهذا اذا اسلم باجارة
ان المسلم فيه اخذ حكم الثمن ولهذا شرط قبض راس المال في المجلس كيلا يكون دينا بدين
ولو كان له حكم العين الموجود لما وجب قبض راس المال في المجلس كما لو باع حنطة بعينها
بدرهم **قوله** واذا قبض المستاجر الدار فعليه الاجرة وان لم يسكنها يعني اذا تمكن من الاستيفاء
في المدة اذا كانت الاجارة صحيحة اما في الاجارة الفاسدة فيشترط لوجوب الاجرة
حقيقة الاستيفاء والتمكن من المستاجر يجب ان يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه
حتى اذا استاجر دابة الى الكوفة فقبضها وامسكها ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير
فيها الى الكوفة فلا اجرة عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال
الشافعي رح يجب الاجرة في الوجهين كذا في النهاية **قوله** وكذا اذا عمل في بيت المستاجر
لا يستوجب الاجر قبل الفراغ لما بينا يعني قوله لان العمل في البعض غير منتفع به وهذا
وقع مخالفا لعامة روايات الكتب من المبسوط والذخيرة والمغني وشروح الجامع
الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان وظهير التمرتاشي والفوائد الظهيرية ففي المبسوط لو استاجر
خياطا ليخيط في بيت المستاجر قميصا فخاط بعضه وسرق الثوب فله اجر بقدر ما
خاط فان كل جزء من العمل يصير مسلما الى صاحب الثوب بالفراغ ولا يتوقف التسليم
في ذلك الجزء على حصول كمال المقصود وذكر الامام قاضيخان رح ولهذا لو استاجر
خياطا ليخيط له في منزله كلما عمل يستحق الاجر بقدره ولكن نقل من التجريد ان الحكم
ينعكس به كما ذكر في الكتاب فيحتمل ان المصنف اتبع صاحب التجريد اما الفضل الكرماني
رح والله اعلم بما هو الحق عنده **قوله** ومن استاجر خبازا ليخبز له في بيته اي بيت المستاجر
فان اخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر ولا ضمان عليه قيل هذا قول الكل اما عند
ابي حنيفة رح فلانه لم يهلك بصنعه واما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وذكر الفقيه رح في
شرحه ان على قولهما يجب الضمان لان الاجير مشترك فالعين في يده امانة عنده ومضمون
عندهما فلا يبرأ الا بحقيقة التسليم وهو اختيار صاحب الهداية كما اشار
يبرأ من الضمان الا بالتسليم دون الوضع في بيته قال البزدوي ولا ضمان عليه في
الحطب والملح عندهما لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وهو حال النار
لا قيمة له كذا في الذخيرة **قوله** فالغرف عليه اي اخراج المرقة من القدر الى القصاع عليه

وان استاجر

وان استاجر طباخا ليطبخ قدر خاص فاخراج المرقة من القدر ليس عليه كذا في الايضاح والمحيط والمرجع
في الجميع العرف **قوله** استحق الاجرة اذا اقامه عند ابي حنيفة رح وقالا لا يستحقها حتى يشرجه هذا
لان ضرب اللبن في ملك المستاجر فان ضربه في ملك نفسه فلا يجب له حتى يعده كلا ما يبد عليه بعد
اقامتها عندهما ما بعد عليه بعد التشريج كذا في نظم الزندويسي **قوله** وكل صانع لعمله اثر في العين
كالقصار والصباغ فله ان يحبس العين اختلف المشايخ في قول اصحابنا كل صانع لعمله اثر في العين
ان المراد العين والاجزاء المملوكة للصانع التي يحدث بالعمل كالنشا والغراء والخيوط ونحوها
انه مجرد ما يرى ويعاين في محل العمل ككسر الفستق والحطب وطحن الحنطة وحلق راس العبد
فاختار كثير من الاول وبعضهم الثاني واما القصار فان كان يقصر بالنشا وبياض البيض
فله حق الحبس لانه اتصل بالثوب عين قائم كما في الصبغ واما اذا كان يبيض الثوب لا غير فقد قيل ليس
له حق الحبس لان البياض الذي حدث في الثوب غير مضاف الى عمله بل البياض كان حاصلا ولكن
استتر بالدرن والوسخ فزال ذلك بعمله وظهر البياض الذي كان في الاصل وقيل له حق الحبس
لان ذلك البياض صار كالهالك باستتاره بالاوساخ فيقع العمل احداثا لصفة البياض من حيث
المعنى فيكون له حق الحبس في الخياطة **قوله** واذا شرط على الصانع ان يعمل بنفسه بان يقول له
تخيط بنفسك او بيدك **قوله** وعمل بعينه اراد بالعمل ههنا نفس الصانع يعني شرط ان يستعمل
هذا العامل هو لا غيره فلا يجوز ان يستعمل غيره كالمنفعة في محل بعينه يعني اذا استاجر فلانا
بعينه لا يكون للمواجر ان يدفع غلاما اخر مكانه كذا هنا **قوله** وان اطلق له العمل بان يقول
استاجرتك لتخيط في هذا الثوب بدرهم فههنا من قبيل اطلاق العمل عرفا وان كان المذكور
خياطة لفظا فله ان يستاجر من يعمله لان المستحق عليه عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه
وبالاستعانة بغيره كايفاء الدين [illegible] فله الاجر بحسابه هذا اذا [illegible]
بموت من مات واذا لم ينقص الورثة المؤنة فان مات [illegible] فلا اجر **قوله** ومراده اذا
كانوا معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بحملهم فيقل بموتهم بنقصان عددهم فاذا اوفى بعض
المعقود عليه دون البعض استحق بقدر ما اوفى ويبطل بقدر ما لم يوف وان استاجره ليذهب
بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة رح
وابي يوسف رح وقال محمد رح له اجر الذهاب كما لو لم يرد الكتاب وكما لو كان [illegible] الكتاب
فذهب فلم يجد المرسل اليه او وجده الا انه لم يبلغه الرسالة ورجع ان له الاجر بالاجماع وذكر
الفقيه ابو الليث رح قول ابي يوسف رح مع محمد رح قيد بالذهاب بالكتاب ليشير الى ان هذا
الحكم فيما اذا استاجر بالذهاب ليس [illegible] وقيد بالمجيء بالجواب لانه لو لم
يشترط عليه المجيء بمنزلة الكتابة فيما اذا كان ميتا او غايبا فانه يستحق الاجر كاملا **قوله**
او رسالة اليه اي الى المقصود وهو العلم بما في الكتاب لكن العلم معلق به اي بحمل الكتاب

Copyright to King Saud University

فقد نقضه اي نقل الكتاب اما حقيقة فظاهرة واما اعتبارا فلانه ترك الكتاب ثم يقبله لانه ربما
يصل الى مدته فينتفعون به او الكاتب ينتفع به فاذا رده فقد فات ما هو المقصود بالاجارة
فيكون ناقصا للعمل اعتبارا والله اعلم باب ما يجوز من الاجارة وما لا يكون خلافا
فيها قوله ويجوز استيجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها بان قال استاجرت
هذه الدار او الحانوت سنة فقط ولم يقل للسكنى القياس انه لا يجوز لان المقصود من
الدور والحانوت الانتفاع والانتفاع قد يكون من حيث السكنى وقد يكون من حيث وضع
الامتعة فينبغي ان لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك وجه الاستحسان ان المقصود معلوم بالعرف
وهو السكنى فينصرف اليه لان المعلوم عرفا كالمشروط نصا فعلى هذا قوله للسكنى يتعلق
بالحوانيت لا بالاستيجار ومعناه والحوانيت المعدة للسكنى قوله وله ان يعمل كل شيء اي له ما
لا يضر بالبناء لاطلاق فذلك نحو الوضوء وغسل الثياب وكسر الحطب ووضع المتاع ونحو
ذلك قوله وما يليه منها بتفاوت لان الارض قد تستاجر لزراعة البر ولزراعة الشعير
ولزراعة الذرة والارز وغيرها وبعضها يضر بالارض فما لم يبين شيئا من ذلك لا يصير المعقود
عليه معلوما واعلام المعقود عليه شرط جواز الاجارة قوله فان اطلق الركوب جاز له ان يركب
من شاء قال ابو نصر هذا اللفظ كره اراد اذا وقع العقد على ان يركب من شاء لانه لو
اطلق الركوب من غير ان يقول على ان يركب من شاء يفسد العقد لانه مما يختلف اختلافا فاحشا
فان قال على ان يركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانه رضي به وكذا اذا استاجر
ثوبا للبس يعني قال له البس من شئت ويحتمل انه اراد بقوله فان اطلق الركوب جاز له ان
يركب من شاء انه سمى الركوب ولم يعين الراكب لم يقل من شاء لانه وان وقعت الاجارة
فاسدة الا انه لم ينتقض الاجارة حتى ركب رجلا او اركب هو ارتفع الفساد وتعين
مرادا من الاصل وصار كانه نص على ركوبه ابتداء وكذا اذا استاجر ثوبا للبس ولم يعين
اللابس ولم يقل على ان يلبسه من شاء ثم لبس هو او البس غيره قوله وما يضر بالبناء
خارج كالقصارة والحدادة لا يتناوله مطلق السكنى قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله
الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا طحانا قوله وان سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة
مثل ان يقول خمسة اقفزة حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر كما اذا استاجر
ليحمل عليها خمسة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل خمسة مخاتيم من حنطة اخرى او يحمل
عليها عشرة مخاتيم من حنطة لنفسه فحمل عليها عشرة اقفزة شعير او سمسم لا مخاتيم من
حنطة غيره قوله او اقل كالشعير والسمسم بان استاجرها ليحمل عليها عشرة اقفزة
حنطة فحمل عليها عشرة اقفزة شعير او سمسم لان مثل كيل حنطة من الشعير يكون اخف
على الدابة حتى لو قيل او سمى مقدارا من الحنطة وزنا فحمل مثل ذلك الوزن من الشعير

يضمن

يضمن لانه ياخذ من ظهر الدابة اكثر مما ياخذ الحنطة وهو كما استاجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها
قطنا او تبنا حيث يضمن وان مثل كيلها من الشعير فلا ياخذ من ظهرها اكثر مما ياخذ من الحنطة
وفي الذخيرة ذكر شيخ الاسلام في شرحه انه لا يضمن استحسانا ثم قال فهو كلام صحيح وبه كان يفتي
الصدر الشهيد قوله وان استاجرها ليركبها فاردف معه رجلا ضمن نصف قيمتها فقيد بقوله
اردفها لانه لو ركبها وحمل على عاتقه غيره يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة يطيق حملهما لان
ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون اشق على الدابة اما اذا
كانت لا يطيق يجب جميع الضمان في الاحوال كلها كذا في الذخيرة وقيد بقوله رجلا لانه لو اردف
صبيا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبيا يستمسك فهو كالرجل كذا في الفتاوى
وقوله ضمن نصف قيمتها وعليه الاجر كاملا لاستيفاء المعقود عليه وان ذكر ما لا يختلف
بان يعرف معه غيره او لا يعرف ثم للمالك الخيار في ذلك ان شاء ضمن المستاجر وان شاء ضمن
ذلك الرديف فان ضمن المستاجر لا يرجع على ذلك الغير مستاجرا كان او مستعيرا وان ضمن
ذلك الغير رجع هو على المستاجر ان كان ذلك الغير مستاجرا وان كان مستعيرا لا يرجع عليه كذا
في الذخيرة والمغني فان قيل الاجر مع الضمان لا يجتمعان وقد وجب عليه ضمان النصف
كان ينبغي ان لا يجب نصف الاجر قلنا انما يرتفع الاجر عنه عند وجوب الضمان لانه ملكه
بالضمان بطريق الغصب ولا اجر عليه في ملكه وههنا لا يملك شيئا بهذا الضمان فاشتغل بركوب
نفسه وجميع المسمى مقابلة ذلك وانما يضمن ما اشتغل بركوب الغير والاجر مقابلة ذلك
لسقط عنه قوله ولا معتبر بالثقل لان الثقل يوزن الكبر بخلاف الحمل والفعل الحمل قوله كعدد
الجناة في الجنايات حتى اذا جرح رجل جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فمات
فالدية بينهما انصافا لان رب جراحة واحدة كانت اكثر تاثيرا من عشر جراحات فكذلك
سقط اعتبار الثقل كما ذكرنا واعتبر عدد الراكب ان استاجرها ليحمل عليها مقدارا من
الحنطة فحمل عليها اكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل وهذا بخلاف ما اذا استاجر ثورا
ليطحن به عشرة مخاتيم حنطة فطحن احد عشر مختوما فهلك فانه يضمن جميع قيمته لان الطحن
يكون شيئا فشيئا فلما طحن عشرة انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في جميع
الدابة مستعملها بغير اذن مالكها فيضمن جميع قيمتها فاما الحمل فيكون جملة واحدة فهو في
البعض مستعملها باذن المالك وفي البعض مخالف فيتوزع الضمان على ذلك فانقسم
عليها مثل ان يستاجر ليحمل عليها مائة من الحنطة فحمل مائة وعشرة يقسم على احد عشر
جزءا ويضمن جزءا قوله كبح الدابة بلجامها ردها وهو ان يجذبها الى نفسه لتقف ولا تجري
قوله لان المتعارف ما يدخل تحت مطلق العقد لان المعروف عرفا كالمشروط شرطا وربما
لا يتقيد بالدابة الا به فيكون الاذن ثابتا بالعرف قوله كالمدعي في الطريق وجه الالحاق

لسقا

به من حيث حصول المنفعة بل لان الفعل للفاعل لا لغيره وذلك لانه لو امر بالضرب ههنا انما
امر له الضرب ههنا انما امر لمنفعة نفسه لا لحق المالك فان حق المالك في الاجر مقرر بدونه
ومثله يتقيد بشرط السلامة كالرعي والصيد بخلاف ما اذا امر المالك نصا فان بعد
الاذن فعله كفعل المالك **قوله** الحيرة بالكسر مدينة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على
راس ميل من الكوفة والقادسية موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا كذا في المغرب
قوله وقيل الجواب يجري على الاطلاق وهو انه يضمن في كل حال **قوله** وفي الاجارة والاعارة
يصير الحفظ مامورا تبعا للاستعمال يعني ان المالك ما امر المستاجر والمستعير بالحفظ
قصدا نصا وانما امرهما بالاستعمال لكن الانتفاع فكان امرهما بالحفظ ضرورة الانتفاع فاذا
جاوزا الى الحيرة صار غاصبا للدابة ودخلت في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد
على المالك او على من هو مامور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد **فان قيل** لا كذلك
فان غاصب الغاصب اذا رد المغصوب على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد الى احد
هذين **قلنا** يبرأ في الاخذ الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه كذا في الفوائد
الظهيرية وقد طعن عيسى رح فقال يد المستاجر كيد المالك بدليل انه يرجع بالضمان على
المالك بخلاف المستعير وبدليل ان مؤنة الرد على المالك في الاجارة دون العارية
لكنا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بسبب عقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده
ليست يد نفسه كالمشتري يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد على المالك لما فيه من
المنفعة في النقل لها ما بيد المستاجر التي لنفسه كذا في المبسوط **قوله** اذ لا فائدة في التقييد بغيره
وهو الذي اكثر برا وزعم لان الذي سرجه بمثل الذي اكثريه وهو نظير ما لو استاجر
الحمار ليحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة نفسه فحمل عليه عشرة مخاتيم من حنطة غيره **قوله** فاما
لا يسرج بمثله الحمر بان اسرج الحمار بسرج البرذون ضمن جميع القيمة **قوله** وهذا اولى
لما ضمن السرج الاخر مع انه من جنسه فالضمان بالاكاف مع انه من خلاف الجنس اولى **قوله**
وان اوكفه بما كان يوكف بمثله الحمر ذكر هذه المسئلة في الاجارات وقال يضمن بقدر ما
زاد وهو قول ابي يوسف ومحمد رح ومن مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين
عن ابي حنيفة رح لانه لم يذكر في الجامع الصغير انه ضامن جميع القيمة ولكنه قال هو ضامن
ولم يبين اي قدر يضمن فكان المطلق محمولا على المفسر ومنهم من قال عن ابي حنيفة رح روايتان
في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفي رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ
الاسلام خواهر زاده رح وهو الاصح وتكلموا في معنى قول ابي يوسف رح يضمن بحسابه وهو
احد الروايتين عن ابي حنيفة رح فمنهم من قدره بالمساحة حتى لو كان السرج ياخذ من ظهر
الدابة قدر شبرين والاكاف قدر اربعة اشبار ضمن نصف القيمة وقيل معناه بحسابه في

الثقل والخفة حتى لو كان ثقل الاكاف ضعف ثقل السرج يضمن نصف قيمته **فان قيل** التفاوت بين السرجين دون
التفاوت بين السرج والاكاف لان السرج جنس واحد اما الاكاف فمخالف للسرج جنسا فينبغي ان لا يضمن
جميع قيمة الدابة عندهما كما لو اوكف بالسرج **قلنا** التفاوت بين السرجين دون التفاوت بين السرج
والاكاف في الصورة والانتفاع المطلوب منها في حق الاحتراز بالدابة فالتفاوت بين سرج الحمر
بين اكاف يوكف به الحمر اقل من التفاوت بين سرج الحمر وسرج البراذين والضمان حكم يتعلق بالضرر
قوله لانه للحمل والسرج للركوب اشارة الى المخالفة المعنوية **قوله** وكذا ينبسط الى اخره اشارة الى
المخالفة الصورية فتحققت المخالفة معنى كما اذا حمل الحديد لوجود المخالفة صورة ومعنى
اما صورة فظ واما معنى فلان الحديد يجتمع في موضع من ظهر الدابة فيكون اشق كما هنا ايضا **قوله**
اما اذا كان يضمن اي انما اذا كان تفاوت بين الطريقين يضمن والتفاوت هو ان يكون الطريق
الذي اختفيه بالسلوك اوعر او ابعد او اخوف ثم هلك المتاع يضمن **قوله** لم يفصل اي فلم يفصل
محمد رح في الجواب بناء على ان الظاهر عدم التفاوت في الطريقين اذا كانا مسلوكين **قوله** لانه اغلى
للارض على ما قربنا اشارة الى قوله لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة الى اخره فلا يكون مستوفيا
ما تناوله العقد **فان قيل** لا كذلك فان المعقود عليه منفعة الارض بالزراعة وقد استوفى في ذلك بالزراعة
الرطبة ولكنه زاد على القدر المستحق عليه فينبغي ان يجب الاجر عليه **قلنا** ضرر الحنطة على الارض اقل من ضرر
الرطبة فالحنطة تزرع في كل سنة والرطبة لا تزرع في كل سنة ولكنها تنمو في كل سنة الى ان يبلى اصلها
فكان الجنس مختلفا ومع اختلاف الجنس لا يكون مستوفيا المعقود عليه ثم لا بد من ايجاب نقصان الارض
عليه ولا اجر مع الضمان لا يجتمعان وان زرع في الارض ما هو اقل ضررا من الحنطة يلزمه الاجر المسمى
لانه خلاف الى خير فلم يصر به غاصبا **قوله** قيل معناه القرطق الذي هو طاق واحد والقرطق قباء
ذو طاق وهو الذي يلبسه الاتراك فكان القميص قيل هو مجرى على اطلاقه لانه اطلق في الكتاب
القباء فدل ذلك على ان الحكم في الكل واحد لانهما يتقاربان في المنفعة من حيث دفع الحر والبرد
وستر العورة ولكل واحد منهما كان وقد يلبس حين **قوله** للاتحاد في اصل المنفعة وهو اللبس
باب والستر **باب** الاجارة الفاسدة قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع مثل ان
يستاجر رحى على انه ان انقطع الماء فالاجر عليه لان هذا الشرط مخالف لموجب العقد لموجب
ان لا يجب الاجر الا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وكل شرط يخالف موجب العقد فهو مفسد
للعقد لان الاجارة تنبني على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لان اشتراطه يكون سببا
للمنازعة الا ترى ان النكاح لما بني على المسامحة والمساهلة لا يفسد بالشرط **قوله** لا يجاوز به
المسمى اي الواجب الاقل من اجر المثل ومن المسمى هذا اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار
جهالة المسمى ولا باعتبار عدم التسمية اما اذا كان باعتبار واحد منهما يجب الاجر بالغا ما بلغ كما اذا
اذا استاجر دارا على جارية او ثوب او اجر منه دارا يسكنها بعشرة على ان يعمرها ويؤدي خراجها فانه

ثم يجب اجر المثل بالغا ما بلغ **قوله** ولنا ان المنافع غير متقومة بنفسها لان التقوم يستدعي سبق الاحراز
وما لا يبقى كيف يحرز وانما صارت متقومة شرعا بالعقد لضرورة حاجة الناس اليه فيكتفى بتلك
الصورة في الصحيح منها الا ان الفاسد تبع للصحيح فلا يعود له حكم ولا يقال لما كان تقوم المنافع بالعقد
فاذا فسد العقد ينبغي ان لا يجب شيء لان الاجارة الفاسدة ملحقة بالاجارة الصحيحة لكونها شبها
لها والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهنا لان الفاسد مشروع باصله دون وصفه وفي ثمرة من
الصحيح حرج فالحقناها به فاذا التحق الفاسد بالصحيح يعتبر في الاجارة الفاسدة ما يجعل بدلا في
الصحيح عادة وهو اجر المثل وهذا بيان ان المعتبر في الفاسد اجر المثل وقوله لكنهما اذا اتفقا
بيان انه لا يزاد على المسمى لانهما اذا اتفقا على شيء فقد اسقطا الزيادة والاسقاط وان كان في
ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها الرضاء بسقوط الزيادة وعدم تقوم المنافع في نفسها **قوله**
لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له ينصرف الى الواحد لانه لا يمكن تصحيح الاجارة على
جملة الشهور لجهالتها فكان على ما بين الادنى وهو الكل لعلم اولوية بعضها فتعين الادنى **قوله** فان شهر
اليمين فان حلف لا يكلم فلانا شهرا فهو من حين حلف بخلاف الصوم فانه اذا نذر ان يصوم شهرا
لم يتعين الشهر الذي يلي النذر لانه يختص المشروع فيه ببعض الاوقات حتى ان الليل لا يصلح لذلك
قوله لانها هي الاصل لان الاهلة اصل في الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي
مواقيت للناس والايام بدل لعن الاهلة الا ترى الى قوله عليه السلام صوموا لرؤيته وافطروا
لرؤيته فان غم عليكم الهلال فاكملوا عدة شعبان ثلثين يوما وانما يصار الى البدل اذا تعذر
اعتبار الاصل **قوله** ويجوز اخذ اجرة الحمام وقد كره بعض العلماء ذلك لحديث ظاهر قوله عليه السلام
الحمام بيت الشيطان ومنهم من كره اتخاذ حمام النساء لانهن نهين عن الخروج وامرن بالقرار في
البيوت واجتماعهن قلما يخلو عن فتنة والصحيح انه لا باس باتخاذ الحمام للرجال والنساء جميعا
الحاجة خصوصا في ديارنا والحاجة في حقهن اظهر لحاجتهن الى الاغتسال ولا يتمكن من ذلك
في الانهار والحياض كما يتمكن الرجال **قوله** واعطى الحجام الاجر ولو كان حراما لم يعطه اياه لانه كما لا يحل
اكل الحرام لا يحل دفعه لغيره ليأكل وقوله عليه السلام من السحت كسب الحجام منسوخ بما روينا **قوله**
لقوله عليه السلام ان من السحت عسب التيس فانه اخذ المال بمقابلة ما هو لا قيمة له والعقد عليه
باطل لانه يلتزم ما لا يقدر على الوفاء به وهو الاحبال فان ذلك يبنى على نشاط الفحل
ايضا **قوله** والاصل ان كل طاعة يختص بها المسلم اي يختص باهل الاسلام اما اذا لم يختص بها يجوز
كما اذا استاجر ذميا على التورية يجوز لان تعليمها لا يختص باهل الاسلام كذا في الفوائد الظهيرية
وتعلم وكلاهما التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على
تسليمه فلا يصح وما في جواز الاستيجار على تعليم التورية ايضا الا انه يكون المؤاجر متمكنا اذا استاجر
على تعلم التورية وتعلمها المستاجر يجب الاجر بخلاف تعليم القرآن فانه لا يجب الاجر ان علم هذا **قوله** في

على

كل ما لا يستحق على الاجير هنا احترازا عما لو كان شيئا كالامامة والاذان والتعليم لا يصح ولا يجوز استيجار الحج
قوله ولهذا يعتبر اهليته اي اهلية العامل ويعتبر نيته للنيابة الامر ولو انتقل فعل المامور الى الامر لم يعتبر الا نية الامر
واهليته كما في باب الزكوة فان ثمة يشترط نية الامر واهليته حتى لو كان المامور كافرا يصح اداء الزكوة لان
المودى هو الامر وهنا بخلافه نعلم ان المودى هو المامور **قوله** بعض مشايخنا استحسنوا الاستيجار
على تعليم القرآن وهم ائمة بلخ فانهم اختاروا قول اهل المدينة وقالوا ان المتقدمين من اصحابنا بنوا
هذا الجواب على ما شاهدوا في عصرهم من رغبة الناس في التعليم بطريق الحسبة ومروة المتعلمين في
مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط واما في زماننا فقد انعدم المعنيان جميعا فنقول يجوز الاستيجار
كيلا يتعطل هذا الباب ولا يستبعد ان يختلف الحكم باختلاف الاوقات الا ترى ان النساء كن يخرجن
الى الجماعات في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر رضي الله عنه حتى منعهن من ذلك عمر رضي الله عنه وكان
ما راه صوابا وكذا يفتى بجواز الاجارة على تعليم الفقه وقال الامام الخيزاخزي في زماننا
يجوز للامام والمؤذن اخذ الاجرة كذا في الروضة **قوله** والمعصية لا يستحق بالعقد لان بعقد الاجارة
يستحق تسليم المعقود عليه شرعا ولا يجوز ان يستحق على المرء شيء يكون به عاصيا شرعا لان ذلك
يصير المعصية مضافة الى الشرع **قوله** ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله اي فيما يحتمل القسمة
وما لا يحتمل صورته ان يوجر نصيبا من داره او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك او يواجر
نصف عبد او دابة **قوله** وقالا اجارة المشاع جائزة وفي المعنى الخصومة في اجارة المشاع على
قولهما **قوله** ولهذا يجب اجر المثل اي عند ابي حنيفة رحمه الله في المشاع فهذا دليل على ان المشاع منفعة اذ لو لم
يكن له منفعة لما وجب شيء كما اذا استاجر حجرا ليزين به الحانوت **قوله** وهذا لان تسليم المشاع
وحده لا يتصور لان التسليم انما يتم بالقبض والقبض امر حسي وهو لا يرد الا على المعين دون
غير المعين **قوله** والتخلية اعتبرت تسليما اذا كانت تمكينا جواب عن قولهما ان التسليم يمكن بالتخلية
وهو ان التخلية اعتبرت تسليما اذا كان تمكينا من الانتفاع وانما يكون تمكينا اذا حصل بها التمكن
والتمكن لا يحصل به فلم يعتبر مع عدم تمكينا بخلاف البيع لحصول التمكن ثمة من البيع والاعتاق وغير
ذلك **قوله** واما التهائي فانما يستحق حكما للعقد لان التهائي انما يستحق حكما لملك المنفعة وملك
المنفعة حكم عقد الاجارة وكون تقدير التسليم شرط جواز العقد وشرط الشيء يتبعه وحكم
الشيء يعقبه او يقارنه ولا يصلح شرطا لجواز العقد لئلا ينقلب الحكم شرطا وهنا لا اشكال وجوده
للحكم الا بصحة العقد ولا صحة للعقد الا به من حيث هو شرط فلا يصلح ابدا **قوله** واما اذا اجر
من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوع لان المقصود من الاستيجار الانتفاع والمنفعة هي المعقود
عليها واستيفاء المعقود عليه على الوجه الذي استحقه بالعقد يتاتى ههنا لانه يسكن جميع الدار
فكان مستوفيا منفعة نصيبه بالملك ومنفعة نصيب المستاجر بحكم الاجارة ولا اختلاف في النسبة لا
يضره وهو نظير بيع الاثنين في رهن يجوز لكون التسليم مقدورا عليه وهذا بخلاف الرهن لان بالشيوع

هناك يتعدم المعقود عليه وهو الحبس الدايم اذلا تصور له في هذا الشريك والاجنبي سوا واما
هنا بالشيوع لا يتعدم المعقود عليه وهو المنفعة انما يتعذر التسليم وذلك لا يوجد في حق الشريك
بخلاف الهبة فالشيوع فيما يحتمل القسمة يمنع تمام القبض الذي يقع به الملك والهبة من الشريك
وغيره في ذلك سواء **قوله** على الجزء لا يصح في رواية الحسن عنه فجعله كالرهن على هذه الرواية لان
استيفاء المنفعة التي تناولها العقد لا يتاتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد لعقد
الاجارة كمن استاجر احدا من رحى للمقارض لمنفعة قرض الثياب فلا يجوز لان استيفاء المعقود عليه
بما اتيا وما لم يكن الا بما لم يتناوله العقد **قوله** بخلاف الشيوع الطارى بان اجر رجل من رجلين
ثم مات احد المستاجرين او اجر رجلان من رجل ثم مات احد الموجرين فانه يبقى الاجارة في
نصيب الاخر لان الاجارة يتجدد انعقادها بحسب حدوث المنفعة فكان هذا في معنى شيوع
يقترن بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الاخر لان تجدد الانعقاد في حق المعقود عليه
فاما اصل العقد منعقد لازم في الحال فباعتبار هذا المعنى الشيوع الطارى والطارى من
الشيوع ليس بطارى المقارن كما في الهبة اذا وهب له جميع الدار وسلمها ثم رجع في نصفها وبخلاف
ما اذا اجر من رجلين فان تسليم المعقود عليه كما اوجبه العقد يقدر عليه للموجر ثم المهاياة بعد
ذلك يكون بين المستاجرين بحكم ملكهما وهو نظير الرهن من رجلين فهو جائز لوجود المعقود عليه
وانما وجب اجر المثل اذا سكن لان الفساد للعجز عن التسليم ولا يمنع الانعقاد على الفساد كما اذا باع
عبدا آبقا بالف درهم فان العقد ينعقد على الفساد حتى اذا قبض ملكها بحكم العقد الفاسد **قوله**
ويجوز له استيجار الظئر باجرة معلومة لقوله تعالى فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن والمراد بعد
الطلاق وقوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له اخرى ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهو اختيار
صاحب الذخيرة والايضاح وصاحب الهداية كما ترى **قوله** والاول اقرب الى الفقه وقيل ان العقد
يقع على اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار الامام المحقق شمس الايمة السرخسي رحمه الله **قوله** فصار كما
اذا استاجرها بالخبز والطبخ اي بطعامها وكسوتها **قوله** ولا اشتراط تاجيله لان اوصافها اثمان يعني
ان المكيل اذا كان موصوفا غير مشار اليه ثبت دينا في الذمة والدين تارة يصير موجلا وتارة معجلا
كالدراهم والدنانير بخلاف الثوب فانه لا يثبت دينا في الذمة والدين تارة يصير الا في السلم و
يشترط بيان الاجل في السلم كذا اذا استاجرها بثياب موصوفة **قوله** لانها لم يات بعمل
يستحق عليها وهو الارضاع يعني لا باعتبار ان المعقود عليه العين بدليل ان الصبي لو ارضع
بلبن الظئر في المدة لا يستحق الاجر فعلم ان المستحق هو الارضاع والعمل لا العين كما في الاديم
واذا سلم الظئر الصبي الى خادمها حتى ارضعها فلها الاجر كاملا استحسانا لانها لم يشترط
عليها بنفسها فهو نظير من استاجر قصارا ليقصر له ثوبا او خياطا ليخيط له ثوبا ولم يشترط له
العمل بنفسه فعمل غيره فانه يستحق الاجر كذا هنا بخلاف ما اذا اشترط عليها الارضاع بنفسها

فلا يعد

١٧٥

٥

قوله فلا يعد قادرا بقدرة غيره ومعنى آخر وهو ان الاجر اما ان يلزمه في الذمة او في عين موجود هو
ما التزمه في الذمة فرب ثلث الحنطة غير موجود وقت العقد لان محل العمل لو كان مشتركا ابتداء
وانتهاء لا ينعقد الاجارة ولا يجب الاجر اصلا كما اذا استاجره ليطحن حنطة مشتركة او ليحمل
طعاما مشتركة بينهما وهنا محل العمل يكون مشتركا في الانتهاء دون الابتداء فيجب ان ينعقد بصفة
الفساد عملا بالشبهين **قوله** ولا يجاوز بالاجر فيما اذا استاجر حمارا ليحمل طعاما بقفيز منه وفيما
هو في قفيز الطحان لا يجاوز بالاجر المسمى **قوله** المخاتيم جمع مختوم وهو الصاع بعينه **قوله** ولان
المعقود عليه مجهول وجهالة المعقود عليه يفسد العقد وهذا لان ذكر الوقت يدل على ان المعقود
عليه المنفعة اذ الوقت مختص بضرب المنفعة وذكر العمل يدل على ان المعقود عليه العمل والجمع بينهما
غير ممكن لان العمل متى صار معقودا لم يجب الاجر الا بالعمل ومتى صار المعقود عليه المنفعة يجب
الاجر بتسليم النفس واغراض الناس في ذلك يختلف فلا يتعين احدهما معقودا عليه لوجود التعارض
وعدم الترجيح اذ مقصود المستاجر العمل لانه ينتفع به ومقصود الاجير الوقت لانه ينتفع فيه لانه
يستحق الاجر بالتسليم وان لم يعمل وجهالة المعقود عليه يمنع جواز العقد لانه يفضي الى المنازعة
فانه اذا فرغ من العمل قبل مضي اليوم فللمستاجر ان يقول استعملك في بقية المدة حتى باعتبار
تسمية الوقت وانا استعملك واذا لم يفرغ من العمل الى الليل فللاجير ان يقول عند مضي اليوم قد +
انتهى العقد بانقضاء المدة وقيل الضابط للفرق بين ما كان ذكر الوقت للاستعجال وبين ما كان
ذكره لبيان الوقت في اجر الوحد وهو ان يقال انما يفسد العقد بالجمع بين الوقت والعمل
اذا ذكرهما قبل ذكر الاجر اما اذا ذكر احدهما وذكر الاجر معه حتى تم العقد ثم ذكر الباقي منهما
لا يفسد العقد حتى لو قال استاجرتك اليوم بدرهم على ان تخبز لي هذا القفيز من الدقيق
جاز العقد اما اذا قال استاجرتك لتخبز لي هذا القفيز من الدقيق اليوم بدرهم او قال استاجرتك
اليوم لتخبز لي هذا الدقيق بدرهم فالعقد فاسد وانما كان كذلك لان في الوجه الاول تم العقد
بذكر احد الشيئين اما المدة واما العمل مضموما الى ذكر الاجرة كان ذكر الباقي بعد تمام العقد
للتعجيل او للتعجيل فلم يفسد العقد واما في الوجه الثاني فلانه لما جمع بين العمل والمدة قبل تمام
ذكر الاجرة صلح لكل واحد منهما مقابلا بالاخر وليس احدهما باولى من الاخر **قوله** وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف والظرف لا يقتضي استيعاب الظرف
فلا يكون ذلك اعلاما للمنفعة فلا يصلح المنفعة معقودا عليها فيصير العمل هو المعقود عليه
قوله وقد مر مثله في الطلاق اي في فصل اضافة الطلاق الى الزمان في مسئلة انت طالق غدا ثم قال
نويت اخر النهار **قوله** وهذا في موضع يخرج الارض الريع بالكراب مرة والمدة سنة واحدة
فيه بين الغبنين لانه لو كانت الارض في بلد يحتاج الى تكرار الكراب ليخرج الريع لا يكون هذا
الشرط مفسدا للعقد لانه يكون من مقتضيات العقد وكذا لو كانت المدة ثلاث سنين

Copyright © King Saud University

حيث لا يبقى منفعته لا يفسد العقد قوله لانه يبقى منفعته في العام القابل هذا دليل الفساد في شرط
كري الانهار قوله فلا خير فيه اي لا يجوز اصلا قوله بل المراد منها الانهار العظام هو الصحيح احترازا عن
قول من قال بان المراد ههنا الجداول قوله الى هذا اشار محمد ره بعد ابن سماعة كتب الى محمد ره
لم يجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار فكتب محمد ره في جوابه انك اطلت الفكرة فاصابتك الحيرة
وجالست الجبائي فكانت منك زلة اما علمت ان اجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع القوهي بالقوهي
نسا والجبائي اسم محدث ينكر الحوض على ابن سماعة في هذه المسائل وكان يقول لا برهان
لكم عليها فقال محمد ره لابن سماعة كانت مجالستك اياه زلة يقال ثوب قوهي منسوب الى قوهستان
كورة من كور فارس فالمعنى فيه ان المعقود عليه ما يحدث من المنفعة وذلك غير موجود في
الحال فاذا اتحد الجنس كان كمبادلة الشيء بجنسه نسيئة وللجنس بانفراده يحرم النساء عندنا بخلاف
ما اذا اختلف الجنس لان النساء في الجنس المختلف ليس بحرام كما لو سلم ثوبا في هروي فان قيل
انما حرم بيع الشيء بجنسه نسيئة عندكم باعتبار ان النقد خير من النسيئة وهذا لا فضل لاحدهما
على الآخر والقبض في البدلين على نمط واحد قلنا نعم الا ان النص اذا علل تعلق الحكم في الفرع
بالعلة فاما في الاصل فانما يتعلق بعين النص فلا يعتبر العلة في المنصوص والحرمة فيما اذا لم يكن
يدا بيد منصوص فلا يعتبر فيه المعنى قوله ولا حاجة عند اتحاد الجنس يعني انما جوزنا في الاجارة
بخلاف القياس لمساس الحاجة والحاجة لا يتحقق عند اتحاد الجنس وانما يتحقق عند اختلاف الجنس
ولكان من باب الفضول والاجارة ما شرعت لاستيفاء الفضول فان قيل عند اختلاف النوع
ان لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر وهو ان بيع الدين بالدين حرام باطل قلنا لا نعلم
بمجيء المعقود عليه واقيم المحل مقام المنفعة وهو متعين فيصير الاجر بمنزلة الثمن فلا يكون
عين العين بعين العين بل يكون عينا بدين وذلك جائز قوله فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق
التسليم لانه بكونه عاملا لنفسه ولم يصح تسليم عمله الى الغير وبدون التسليم لا يجب الاجر
غاية الامر انه عامل للغير ايضا لكنه جعل عاملا لنفسه اولا لان الاصل ان الانسان يعمل
لنفسه مع ما فيه من تمليك المنافع المعدومة ولانه لو كان عاملا لنفسه لا يجب الاجر ولو كان
عاملا للغير يجب فلا يجب بالشك ولا يقال المحمول لما كان مشتركا يجب ان يقع الحمل مشتركا
لان وقوع الحمل مشتركا محال لانه عرض وهو لا يتجزى قوله ووجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت
قبل تمام العقد فينقلب جائزا فان قيل ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو
الموجب للفساد وهو احتمال ان يكون ما زرعها يضر بالارض فيقع بينهما المنازعة بسبب ذلك
لان الموجب للفساد في العقد كان احتمال ان يعمل بما ذكر ولا يضر ولم يتعين احدهما بالتعيين ثم
الاستعمال يتعين احدهما فلا يبقى ذلك قلنا الاصل اجازة العقد عند انتفاء المانع لان
عقود الانسان يصح بقدر الامكان والمانع الذي عند باعتبار موقع المنازعة بينهما في تعيين

المعقود

المعقود عليه وعند انتفاء احد النوعين يزول هذا التوقع ويجوز هذا العقد ولهذا قلنا بالجواز
عند انتفاء هذا التوقع قوله فصار كما اذا اسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد على الثلث
جعلها بين المسئلتين مقيسا عليهما وزفر ره يقول بالانقلاب الى الجواز فيهما لانه لما اقيمت الحجة
وظهر بطلان قول زفر فيهما بالفساد بعدما سقطا صارتا بمنزلة المجمع عليهما فجعل المتكون
هذا من قبيل رد المختلف الى المختلف لزيادة الايضاح ومثله كثير قوله لان العين في يد المستاجر
امانة في يد المستاجر فكانت الاجارة فاسدة والامانة لا تضمن الا بالتعدي ولم يوجد
عليه الناس ليس من التعدي قوله فان بلغ بعد فله الاجر المسمى استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة
الاولى وهو قوله ووجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا وفي القياس
يجب اجر المثل لان المنافع قد استوفيت باجارة فاسدة والحكم فيها ما ذكرنا باب ضمان
الاجير الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل هو معلوم ببيان محله لان المعقود
عليه في حقه هو الوصف الذي يحدث في العين فلا يحتاج الى ذكر المدة كالقصار والصباغ
والاسكاف فيمكن يتقبل الاعمال من غير واحد وانما افترق الاجير المشترك مع الخاص
في ان الاجير المشترك لا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره والاجير الخاص من يكون
العقد واردا على منافعه ولا يصير منافعه معلومة الا بذكر المدة او المسافة ومنافعه في حكم
العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لا يتمكن من ايجابها لغيره وهو نظير المسلم
مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا في الذمة يتمكن عليه قبوله من غيره والبيع لما كان
عينا في العين منعها باعه من انسان لا يتمكن من بيعه لغيره قوله لان المعقود عليه اذا
كان ما هو العمل يعني اذا اشترط ان يعمل هو بنفسه ويعمل او اباه اذا لم يكن يشترط ان
يعمل هو بنفسه قوله ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكنه العمل الا به يريد ان المعقود
عليه الحفظ ايضا وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق
بالعقد حفظا سليما عن عيب الهلاك الذي لا يقع الا بالتقصير في الحفظ ولو باع الا نفع
قوله فاذا هلك بجهة يمكن الاحتراز عنها كالسرقة والغصب صار بالتقصير كذلك الحفظ
الذي ضمن له بعقده فيضمن كما لو دفعه اذا كانت باجر وصار مثل الدق فالمستحق بالعقد
دق سليم عن عيب التخرق فاذا تخرق كان ضامنا وهذا لانه لا يتوصل الى اقامة
العمل الا بالحفظ والعمل السليم مستحق عليه فما لا يتوصل الى المستحق الا به يكون
مستحقا الا ان ما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا كالموت حتف انفه والحرق الغالب
او غيرهما لان الحفظ عنه غير واجب فلا يضمن لعدم الجناية والتقصير منه قوله ولهم
ان العين امانة عنده لانه قبض العين باذن المالك لمنفعته وهي اقامة العمل
فيه له فلا يكون مضمونا عليه كالمودع واجير الوحد وهذا لان الضمان لا يتعدى

Copyright © King Saud University

او لا العقد فلم يوجد واحد منهما اما التعدي فلانه مقبوض باذن المالك واما العقد فلانه ورد على العمل لا
على العين فيصير العين به مضمونا ولهذا لو هلك بما لا يمكن التحرز عنه لا يضمن ولو كان مضمونا بنفسه
كالمغصوب اما الحفظ فغير معقود عليه لكنه وسيلة اليه ولهذا لا يقابل بالاجر بحال وجعل
العين تابعا للعمل قلب الحقيقة فلا يصار اليه الا عن ضرورة كما في الحبس الدائم اذا تعقد على انه
بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه معقود اذ العقد عقد
حفظ والاجر في مقابلة الحفظ وعن علي رضي الله عنه انه كان لا يضمن القصار والصباغ وغير ذلك
فكانت المسئلة مختلفة بين الصحابة فلا يجب تقليد البعض **قوله** وهو المعقود عليه حقيقة
اي لانه **قوله** فلم يكن مأذونا فيه اي في المعيب لانه ليس بوسيلة الى الانه **قوله** الا انه لا يضمن به بني
آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة بل انما هو اذا كان ممن يستمسك على الدابة ويركب
وحده والا فهو كالمتاع والصحيح انه لا فرق وكذا رواية ابن سماعة عن ابي يوسف في الرضيع كذا
ذكره التمرتاشي لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبيب فقد وجد له المسبب انما يضمن اذا
تعدى وكلامنا فيما اذا لم يوجد التعدي **قوله** واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات الخ وضع
المسئلة في الفرات لان الدنان يباع هناك واعلم ان الحمال اجير مشترك بمنزلة القصار
فان تلف في يده بغير فعله بان زحم الناس ففي وجوب الضمان عليه خلاف بين ابي حنيفة و
صاحبيه كما في ضمان اجير المشترك ان تلف بفعله بان تعثر بها وكسر المتاع فهو ضامن عندنا
خلافا لزفر فان التلف حصل بجناية يده ثم عندنا لصاحب المتاع الخيار ان شاء ضمنه قيمته
غير محمول ولا اجر له وهذا لان العمل صار مسلما الى صاحبه بمضي [illegible] فلا اشكل وكذلك
كان للمشتري [illegible] يصير مسلما بانضا [illegible] ولم يوجد تسليم المعقود عليه بكماله فيثبت الخيار
ههنا **فان قيل** كان ينبغي ان لا يجب ههنا عند ابي حنيفة على هذا الوجه ولكنه يضمن قيمته في المكان
الذي انكسر لان المذهب عنده ان المال امانة عند الاجير المشترك وانما يضمن ما تلف بفعله
ولو كان امانة وقت القبض وجب ان لا يضمن قيمته في المكان الذي حمل منه **قلنا** في ذلك وجهان
احدهما ان هذا ليس كذلك على الاطلاق ولكن القبض يقع على وصف يتوقف عند ان
هلك بصنعه ظهر انه كان مضمونا عليه وان سلم ظهر انه كان امانة وهنا لما هلك بصنعه
ظهر انه كان مضمونا عليه فجاز ان يكون له الخيار على الوجه الذي قلنا هو انه وجد سبب
الضمان في مكان الحمل لان سبب الضمان وان كان هو الحمل الذي وقع كسرا وفسادا لان
الفساد الحاصل من عمله استند الى حالة العقد لان الفساد بعمله انما وجب الضمان باعتبار
العقد لانه لولا عقد الاجارة لكان الاجير معينا في الحمل ولا ضمان على المعين فيما اعان ولما
كان كذلك كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار والحكم يحال به السبب فلهذا كان
له ان يضمنه قيمته في ذلك المكان الذي حمل منه **قوله** وذكر من العبادتين [illegible] بيان رواية المختصر

ناطقة

ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير ناطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز
فصار ما نطق به رواية المختصر بيانا لما سكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع
الصغير بيانا لما سكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز و
الاذن بعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم احدهما او كلاهما يجب الضمان **قوله** والاجير الخاص
الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل اي سلم نفسه ولم يعمل مع التمكن اما اذا
امتنع من العمل ومضت المدة او لم يتمكن من العمل ومضت المدة لم يستحق الاجر لانه لم يوجد
تسليم النفس **قوله** كمن استؤجر شهرا للخدمة او لرعي الغنم واعلم انه اذا استاجر لرعي غنم بدرهم
شهرا فهو اجير مشترك الا ان يقول ولا ترعى غنم غيري فحينئذ يصير اجير وحد وان ذكر المدة اولا بان
استاجره يرعى غنم شهرا بدرهم فهو اجير واحد الا ان يقول ويرعى غنم غيري **قوله** وهذا يسمى الاجير
سمعا وان نقض العمل اي ولانه استحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل يستحق الاجر
وان نقض العمل بخلاف الاجير المشترك فانه لا يستحق الاجر اذا نقض عمله قبل ان يقبض رب
الثوب لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب فانه روي عن محمد رحمه الله في خياط خاط ثوب رجل باجر
ففتقه رجل قبل ان يقبضه رب الثوب فلا اجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا
يجبر الخياط على ان يعيد العمل لانه لو اجبر انما يجبر بحكم العقد الذي جرى بينهما وذلك
العقد قد انتهى بتمام العمل ولو كان الخياط هو الذي فتق فعليه ان يعيد العمل وهذا لان
الخياط لما فتق الثوب فقد نقض عمله صار كان لم يكن بخلاف ما اذا فتقه اجنبي لان فتق
الاجنبي لا يمكن ان يجعل كان الخياط لم يعمل اصلا **قوله** ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف
في يده بان سرق منه او غصب ولا ما تلف من عمله بان انكسر القدوم في عمله او تخرق الثوب
من دقه هذا اذا لم يتعمد الفساد فانه تابع منفعته والمنفعة سلمته وانما الحرفة في العمل الذي
هو تسليم المنفعة فذلك غير معقود فلم يكن مضمونا عليه الا اذا تعمد الفساد فيضمن بالتعدي
كالمودع اذا تعدى وعلى هذا اجير القصار وسائر الصناع اذا استوجرهم لم يضمنوا الخرق
استاجرهم الا انما تعمدوا فيه ويضمن الاستاذ لان التلميذ اجير وحد ولا يرجع الاستاذ على
التلميذ بما ضمن لانه اجير خاص كذا في الايضاح **باب** الاجارة على احد الشرطين **قوله** و
كذا اذا خيره بين ثلاثة اشياء بان قال اجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا والى بغداد بكذا
والى واسط بكذا وكذا هذا في انواع الخياطة والصبغ والزراعة بان قال للمزارع ان زرعتها
بغير كراب فلك ربع الخارج وان زرعتها بكراب فلك ثلثه وان زرعتها بكراب وثنيان فلك نصفه
واي ذلك عمل فله شرطه كذا ذكره الامام التمرتاشي **قوله** والمعتبر في جميع ذلك البيع فانه اذا
اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء ويكون الخيار للمشتري جاز وكذا اذا خيره بين ثلاثة اثواب
ولا يجوز في الاربعة فكذا في الاجارة والجامع بينهما دفع الحاجة ومتى يندفع بالثلاثة لاشتمالها

Copyright © King Saud University

على الجيد والردي فيها لوسط ولا حاجة الى الاربعة لاندفاعها بما دونها **قوله** عيوانه لا يلين اشتراط
الخيار في البيع يعني ان تفارق عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار شرط الخيار فانه اذا باع
احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار اي خيار التعيين وجوزنا عقد الاجارة البيع من حيث اعتبار
شرط الخيار فانه اذا باع احد العبدين لم يصح الا بشرط الخيار اي خيار التعيين وجوزنا عقد
الاجارة في احدى المنفعتين من غير شرط الخيار لان الاجرة لا تجب بالعقد وانما تجب
بالعمل فاذا اخذ في احدى العملين صار معلوما **قوله** وههنا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد
للترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان بيانه لو افرد العقد على اليوم كان ذكر اليوم للاستعجال لا
للتوقيت العقد حتى لو خاطه في الغد يستحق الاجرة وكذا لو افرد العقد بان قال خطه
غدا بنصف درهم كان ذكر الغد للترفيه حتى لو خاطه اليوم يستحق نصف درهم فاعتبر حالة الاجتماع
بحالة الانفراد فيجتمع في كل يوم تسميتان على سبيل البدل فيجب احدهما وهي مجهولة فيفسد ولهما
ان ذكر اليوم للتوقيت وذكر الغد للتعليق لان الغد لا يذكر للترفيه بل يذكر للاضافة والتعليق بل
للاضافة حقيقة والترفيه مجاز والكلام يحمل على الحقيقة حتى يقوم دليل المجاز كيف وقد قام
الدليل على ارادة الحقيقة هنا فانه لو اريد بذكر الغد الترفيه يفسد العقد في اليوم لاجتماع
التسميتين فكان حمل اليوم على التاقيت والغد التعليق اعمالا للحقيقة وتحريا للجواز العقد علام
ولا يلزم على هذا حمل اليوم على الاستعجال في قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم
لان حمله على الاستعجال ثمة تحريا للجواز ايضا فانه لو حملناه على التاقيت يفسد العقد لا
ح يصير المعقود عليه احد الامرين اما تسليم النفس باعتبار الوقت او العمل بذكر العمل ولانه
التعجيل والتاخير مقصودان مختلفان فنزل منزلة اختلاف نوعي العمل ولابي حنيفة رحمه الله ان
ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على الحقيقة وهو التاقيت لقيام الدليل على
ارادة المجاز فان في حمله على التاقيت فساد العقد لاجتماع العمل والوقت فحمل ذكر اليوم
على التعجيل الا يقال ان ابا حنيفة رحمه الله ينبغي ان يجعل ذكر اليوم للتاقيت هنا وان كان فساد العقد
كما في قوله اخبز هذه العشرة المخاتيم اليوم بدرهم حيث جعل ذكر اليوم للتاقيت حتى قال
بفساده لانا نقول ذكر اليوم هنا للتعجيل لقرينة وهي ان مقصودها العمل بدليل التزام
الاجر بمقابلة العمل في الغد ولم يوجد تلك القرينة في تلك المسألة ولان زيادة الاجر بسبب
التعجيل والنقصان بسبب التاجيل بيان منه ان ذكر اليوم للاستعجال لا للتوقيت اذ لو كان
للتوقيت لما زاد الاجر بالتعجيل ولو كان ذكر الغد للترفيه لما نقص من الاجر فصار ذكر الغد
للاضافة واليوم للتعجيل لا للتوقيت والمضاف الى الغد لا يثبت في اليوم فلم يجتمع فيه تسميتان
والمضاف الى اليوم يبقى الى الغد فيجتمع فيه تسميتان ومما قالاه انه حمل اليوم على التاقيت هنا
يصح الاجارة في الغد فاجاب ابو حنيفة رحمه الله انه متى حمل على التاقيت يفسد في اليوم لانه يصير

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

المعقود عليه مجهولا وجواز العقد انما ثبت بدلالة الحال اذا لم يكن العقد مقصودا والمؤقت مع ذكر
العمل مقصود عليه وهو مفسد ولا اعتبار للدلالة مع النص المفسد وفي حالة اجتماع العقدين
تركها اعتبار ذكر اليوم الموجب للفساد وبقرينة زائدة على ما مر **قوله** وفي الجامع الصغير لا يزاد
على درهم ولا ينقص من نصف درهم هذا يدل على انه قد يزاد على نصف درهم وينقص من نصف
درهم فحصل عن ابي حنيفة رحمه الله روايتان وجه هذه الرواية ان الواجب في الاجارة الفاسدة
اجر المثل لا يزاد على المسمى والمسمى في اليوم الثاني لانه اعتبار المصرح اولى من غيره والمصرح
نصف درهم لا الدرهم وجه ظاهر الرواية انه اجتمع في الغد تسميتان فيعتبر تسمية الاولى لمنع
الزيادة عليها ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان عنها عملا بالتسميتين وههنا اولى من الترجيح
بالمصرح **قوله** فان خاطه في اليوم الثالث فالصحيح انه لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله
لانه اذا لم يرض بتاخيره الى الغد باكثر من نصف درهم فالى ما بعد الغد اولى والصحيح عندهما انه
ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه **قوله** فيه حيث يحتمل الخلاف ذكر محمد رحمه الله هذه المسألة ولم
يذكر فيها خلافا فاحتمل ان يكون هذا قول الكل واحتمل ان يكون هذا قول ابي حنيفة رحمه الله خاصة
كما في نظايرها من المسائل **قوله** وهذا الحرف هو الاصل عندهما اي الاصل عندهما ان الاجر
متى وجب بالتسليم من غير عمل ولا يبرى عند التسليم انما يجب بفساد العقد **قوله** ولابي حنيفة رحمه الله
انه خيره بين عقدين صحيحين مختلفين نوجب القول بالصحة كما في الخياطة والرومية و
هذا لان السكنى وعمل الحداد مختلفان وكل واحد منهما عند الانفراد صحيح فكذا عند الجمع **قوله**
والاجارة تعقد للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة جواب عن قولهما يجب الاجر بالتخلية والتسليم
فيبقى الجهالة وهو انما نقول في الاجارة الانتفاع لانها مشروعة للحاجة والظاهر انه
لا يخلو عن الانتفاع فاذا جاء الانتفاع زالت الجهالة والتمكن من عدم انتفاع ليس باصلي
بل هو من العوارض والاحتراز عن العوارض غير واجب ولو فقد تمكنت الانتفاع ترجح
الى ايجاب الاقل بالتمكن يجب المتيقن وهو الاقل لما بينا لان الفضل لا يجب بالشك
وقيل يجب الاقل وينتصف الفضل وقيل ينتصف كل واحد منهما لان تمكن الجهالة لكل حال قصار
الاصل عنده ان العقد اذا اشتمل على شي معلوم ببدل معلوم وضم اليه زيادة في البدل
فان العقد يقع على الاصل المعلوم والفضل يتعلق باعتبار الفضل في المعقود عليه **باب** باب
اجارة العقد **قوله** ولهذا جعل السفر عذرا يعني اذا استاجر غلاما ليخدمه في المصر واراد
المستاجر ان يسافر يكون عذرا في فسخ الاجارة لانه لا يمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا
وتعرض من السفر تضرر المستاجر فلهذا جعل عذرا **قوله** كما في الغصب يعني اذا طالب الركوب
فاذا تعين ركوبه لا يكون له ان يركبه غيره وكذا على العكس **والفتيل** هو فعيل بمعنى
بمنزلة المولى فيه منافع عبده وللمولى ان يسافر بعبده فكذا لا يكون له ان يسافر به

Copyright © King Saud University

قلنا انما يسافر المولى بعبده لانه يملك رقبته وهو لا يملك رقبته قوله وصار كما اذا هلك العبد في
ذلك العمل فانه يجب على المستاجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل لان المستاجر صار غاصبا له باستعماله فيضمن
قيمته عند الهلاك واذا ضمن قيمته صار مالكا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيا منفعة عبد
نفسه فلا يجب عليه اجره فان قيل فيشكل هذا بما دفع الارض الى عبد محجور عليه مزارعة ليزرعها
العبد ببذره وهلك العبد في عمل الزراعة يضمن صاحب الارض والجواب في الصبي المحجور كذلك
والمعنى فيه انه امانة لا ضمان فيه كذا في الفوائد الظهيرية وفي الذخيرة اذا هلك المحجور من عمل في
هذه الصورة ان كان المحجور صبيا فعلى عاقلة المستاجر ديته وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك
وان كان المحجور عبدا فعلى المستاجر قيمته ولا اجر عليه فيما عمل له العبد لما ذكرنا قوله ومن غصب
عبدا فاجر العبد نفسه يعني باجارة نفسه لانه لو اجر الغاصب العبد كان الاجر له لا للمالك
ولا ضمان عليه بالاتفاق قوله لان التقوم به اي بالاحراز قوله وهذا غير محرز لان الاحراز
انما يثبت بيد حافظة كيد المالك ونائبه ويد المالك لم يثبت عليه ويد العبد ثابتة بدل المولى
لان العبد في يد الغاصب حتى كان مضمونا عليه ولا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يكون محرزا لما
في يده فان قيل ولد المغصوبة لو استهلكه الغاصب يضمنه وان لم يكن محرزا في حق الغاصب قلنا
الولد متقوم لحصوله من المتقوم بخلاف الاجرة فانها حصلت من منافع العبد وهي غير
متقومة فكذا ما حصل هنا قوله في حق الغاصب اي غير محرز المولى في حق الغاصب ولكنه محرز
للمولى في حق غير الغاصب حتى لو استهلكه الكسب غير الغاصب من يد العبد يضمن قوله ويجوز
قبض العبد الاجر في قولهم جميعا وفائدته تظهر في خروج المستاجر عن عهدة الاجرة لا
عائدة اما اذا اجره المولى فليس للعبد ان يقبض الاجرة الا بوكالة من المولى لان القبض
من حقوق العقد فتتعلق بالعاقد قوله على ما مر اشار به الى المفعول والنافع ما دفعه كقوله
الهبة قوله ومن استاجر عبدا هذين الشهرين وفي عامة الكتب استاجر عبدا شهرين شهرا
بكذا وشهرا بكذا بدون اسم الاشارة وقوله تحريا للجواز او تحري الحاجة لا يطابقه فوضع المسألة
في المعين ويحتمل ان يحمل قوله هذين على ما اذا قال للاجير اجرتك مني هذا العبد شهرين
شهرا باربعة وشهرا بخمسة فقال المستاجر استاجرت منك هذا العبد هذين الشهرين
فيصرف قوله هذين الشهرين الى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت ايجاب الاجير فبقي
التنكير فيصلح التعليل بتحري الحاجة لاثبات التعيين قوله تحريا للجواز ونظرا الى تحري الحاجة و
هذا لانه ان لم يصرف الشهر المذكور اولا الى ما يلي العقد لكان الداخل في العقد شهرا
منكرا من شهور عمره وهذا فاسد فلا بد من صرفه الى ما يلي العقد تحريا للجواز اذ العقد وكذلك
الاقدام على الاجارة دليل تحري الحاجة الى تملك منفعة العبد فوجب صرف الشهر
المذكور اولا الى ما يليه قضاء للحاجة الناجزة قوله اصله الاختلاف في جريان ما

الطاحونة

الطاحونة او انقطاعه فان استاجر الرحى اذا اختلف مع صاحب الرحى في جريان الماء في المدة
فان القول قول من شهد له الحال وان اختلفا في قدر الانتفاع فقال المستاجر عشرة ايام
وقال الاخر خمسة فالقول للمستاجر والبينة للاجر وهو يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه
اذ الترجيح ابدا انما يقع بما لا يصلح حجة وهو قد عرف في اصول الفقه باب الاختلاف — باب
قوله لو انكر اصل الاذن كان القول قوله اي لو انكر عقد الاجارة كان القول قول رب الثوب فكذا
اذا انكر صفته قوله ومعناه ما مر من قبل اي قبيل باب الاجارة الفاسدة في مسئلة ومن دفع
الى الخياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء قوله وذكر في بعض النسخ اي نسخ القدوري
قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه من الضمان اي يضمن صاحب الثوب قيمة زيادة الصبغ لانه لما خالف
امر الامر في الوصف صار بمنزلة الغصب قوله لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد
لا عقد ههنا حيث ادعى العمل بغير اجر وهو ادعى العمل بغير اجر اعانة ولا اعانة تبرع بالمنافع قوله
فينكر الضمان اي وجوب الاجر قوله حريفا له الحريف بالكسر اسم من الاحتراف وهو الاكتساب
وحريف الرجل معامله وفسروه ههنا بالخليط واراد به من بينك وبينه اخذ واعطاء مثل ان
كان الرجل يعامل قصارا وكان يدفع اليه الثوب باجر يقاطعه فدفع ثوبا اليه في هذه المرة
ولم يقاطعه فله اجر مثل عمله اي العمل قوله في انه عمل باجر فقال محمد ان الحانة كانا
انتصب لعمل القصارة بالاجر فالقول قوله قال شيخ الاسلام رح وعليه الفتوى باب فسخ — باب
الاجارة قوله وانما يوجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا قبل القبض يوجب الخيار وبهذا
يندفع شبهة من قال ان عقد الاجارة لانه كالبيع ثم ان العيب اذا حدث في المبيع بعدما
قبضه المشتري ليس للمشتري ان يرده فكان ينبغي ان لا يرده بسبب العيب الحادث بعد العقد
في الاجارة ايضا فقال ان العيب في الاجارة بمنزلة العيب الحادث في المبيع قبل القبض لان المعقود
عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض فيوجب الخيار
كما اذا حدث العيب في المبيع قبل القبض ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة فقد رضي بالعيب فيلزمه
جميع البدل كما في البيع اذا رضي بالعيب لا يرجع بالنقصان قوله ما زال به العيب كاصلاح ما
انهدم من الدار قوله فاشبه الاباق في البيع اي اذا ابق المبيع قبل القبض لا ينفسخ البيع فكذا
هنا قوله وهذا تنصيص منه على انه لم ينفسخ لكنه ينفسخ اي فعله للمستاجر ان يمتنع اي عن
القبض فلا للاجارة عن التسليم تنصيص على انه لم ينفسخ لكنه يفسخ اي له حق الفسخ ولان
اصل الموضع مسكن بعد انهدام البناء وبناء في السكنى فيصلح للانحطاط فيبقى العقد فيه
ولكن لا اجر على المستاجر لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذي قصد بالاستيجار و
قال محمد رح في السفينة المستاجرة اذا انقضت وصارت الواحا ثم ركبت واعيدت سفينة
لم يجبر على تسليمها الى المستاجر وقال محمد لا يشبه هذا الدار لان السفينة بعد النقض اذا

Copyright © King Saud University

اعيدت صارت سفينة اخرى الا ترى ان من غصب من اخر الواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك
فاما عرصة الدار فلا يتغير بالبناء عليها **قوله** كانه ينتقل بالموت الى الوارث هذا الى المجوز اما في موت
الاجر فلان المنافع التي تحدث في ملكه هو المعقود عليه وبموته ينتقل رقبة الدار ومنفعتها الى الوارث
فيبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان تبدل الملك كتبدل المملوك الا ترى انه لو باع الدار برضاء
المستاجر بطلت الاجارة لانتقال الملك فيها الى غيره وفي موت المستاجر لو بقي العقد بعد موته انما
تبقى على ان تخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث الا ترى ان المستعير لا تخلفه وارثه وهذا
لان الوراثة خلافة فلا تتصور ذلك الا فيما وتعين ليكون ملك المورث في الوقت الاول و
تخلفه الثاني الوارث فيه في الوقت الثاني كالدين واذا تعذر ايجابه للوارث تعين البطلان
كعقد النكاح بخلاف ما اذا باشر العقد لغيره كالوصي والوكيل ومتولي الوقف لان العقد لا ينتقل
الى الغير شرعا فلا يكون المستحق غير العاقد فانعدم ما ذكرنا من المعنى **فان قيل** لما كانت
الاجارة يتجدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة ينبغي ان تعمل اجازة الوارث بعده
لان العين الذي يحدث فيه الوارث المنفعة صارت مملكه كما في تصرف الفضولي **قلنا** انما تعمل
اجازته لانه لم يتوقف على جهة عند العقد فلا يتوقف على اجازته والصفقة ما بينا ان
الوارث انما يقوم مقام المورث في املاكه لا في اقواله ولا عقوده التي عقدها لنفسه وعليه
كما اذا وهب شيئا ومات قبل التسليم او وكل رجلا بالبيع ماله فلم يبع حتى مات الموكل فان الوارث
لا يقوم مقام الموكل المورث فيها في المسئلتين لما قلنا انه لا يقوم في اقواله وهذا بخلاف
النكاح حيث لا يبطل نكاح امته بموت المولى لان ملك النكاح في حق ملك العين فلا يثبت
للوارث ملكه رقبة الامة حتى فيما بقي حق الزوج كما لو باعها المولى لا يبطل النكاح **قوله** ويصح
شرط الخيار في الاجارة ويعتبر اول المدة من وقت سقوط الخيار وقال الشافعي رح لا يصح
لان جواز الاجارة عنده بطريق ان المنافع جعلت كالاعيان القائمة وانما يكون اذا
اتصل ابتداء المدة بالعقد وباشتراط الخيار ينعدم ذلك لان استيفاء المدة من حين يسقط
الخيار وان جعل ابتداء المدة من وقت العقد فشرط الخيار غير ممكن ايضا لان الخيار
مشروط للفسخ ولا بد من ان يتلف شيء من المعقود عليه في مدة الخيار وذلك يمنع من
الفسخ ولو كان للمواجر فلا يمكنه التسليم ايضا لان المستاجر اذا استاجر دارا هذا الشهر
مثلا فعلى المواجر التسليم شهرا كاملا فلما مضى الشهر لا يمكنه التسليم على الكمال **قوله** فيما
ان عقد معاملة هذا احتراز عن النكاح فان مطلق العقد المعاملة مصروف الى المعاقد
وفي بعض النسخ انه عقد مقابلة اي معاوضة لان فيها تقابل العوضين واما النكاح فالمال
فيه ليس بمقصود فلا يكون من باب المعاوضة والمقابلة **قوله** لا يستحق القبض فيه اي في المجلس
احتراز عن الصرف والسلم فان قبض البدل شرط في المجلس فلم يجز فيه شرط الخيار **قوله** فخلا

البيع

البيع يتعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه اي فوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع
الرد بالخيار بخلاف البيع فان فوات بعض المعقود عليه في البيع يمنع الرد بخيار العيب والشرط
لما ان التكليف بحسب الوسع والطاقة ففي البيع رد المبيع كما هو ممكن فاشترط فيه فوات بعض
المعقود عليه للرد للامكان ولم يشترط في الاجارة ذلك لعدم امكانه حتى انه اذا اشترى شيئا
ولم يعلم بانه معيب ثم حدث في يد المشتري عيب اخر لم يجز له الرد بالعيب لفوات بعض المعقود عليه
بالعيب الحادث **قوله** فيشترط فيه دون الكل فيشترط رد الكل في عقد البيع لا امكانه لا في عقد الاجارة
لعدم امكانه **قوله** ولهذا يجبر المستاجر على القبض اذا سلم المواجر بعد مضي بعض المدة كما اذا استاجر
دارا سنة فلم يسلمها اليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم او لم يطلبه ثم لما لم يكن للمستاجر ان
يمتنع من القبض في باقي السنة عندنا لان الخيار لو ثبت انما يثبت لتفرق الصفقة في المعقود
عليه والعقد كما وضع متفرقا فانه ينعقد ساعة فساعة على ما بينا صار الجزء الثاني من المنفعة
مستحقا بعقد اخر وما ملك بعقدين يتعذر التسليم في احد العقدين لا يوثر في الاخر وعند
الشافعي رح للمستاجر حق الفسخ فيما بقي لان المنافع عنده كالاعيان فاذا فات بعضها بعد
العقد قبل القبض تخير فيما بقي لانعقاد الصفقة كما لو اشترى شيئين فهلك احدهما قبل القبض
قوله وتفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رح لا تفسخ بعذر وبغير عذر الا بالعيب
وعند شريح رح بعذر وبغير عذر لانه عقد على المعدوم كالعارية والجواز للحاجة ولا حاجة الى
اثبات صفة اللزوم **قوله** اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقدين عن المضي بموجبه الا بتحمل ضرر
زائد لم يستحقه فان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفر المنفعة على المتعاقدين فاذا
آل الامر الى الضرر اخذنا فيه باصل القياس وقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه
والاضافة في عقود التمليكات يمنع اللزوم في الحال كالوصية **قوله** انه فصل فيه لان فيه
خلاف الشافعي رح على ما ذكرنا فلا يتعين الزام القاضي قال شمس الائمة السرخسي رح وهو الاصح
ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا بان ماتت المراة او اختلعت فيما اذا استاجر طباخا
ليطبخ طعام الوليمة او مات الولد فيما اذا استاجر الختان ليختنه **قوله** ويعني الكرخي رح انه عذر
اي مرض المواجر لانه لا يعري عن ضرر يندفع عنه عند الضرورة وهو المرض دون الاختيار
وهو ما اذا بدا له من السفر وعن بشر عن ابي يوسف رح انه قال اذا اشتد به العلة من الخروج
فهذا لا يكون عذرا وان ضره فهو عذر له لانه يقول غيره لا يشفق على دابتي ولا يقوم بتعاهدها
كقيامي فاذا تعذر عليه الخروج للمرض لحقه في ابقاء العقد ضرر لم يلتزمه بالعقد **قوله** ومن اجر
عبده ثم باعه فليس بعذر فان باعه بعدها هل يجوز اختلف الفاظ الروايات قال شمس
الائمة السرخسي رح في شرح اجارات الاصل والصحيح من الرواية ان البيع موقوف على سقوط
حق المستاجر وليس للمستاجر ان يفسخ البيع واليه مال الصدر الشهيد رح **قوله** وتاويل المسئلة

خياط يعمل بنفسه وقيل يحتاج الى التأويل فان الخياط الذي يعمل للناس قد يعجز عن ذلك بان
يظهر خيانته عند الناس فيتحامون عن معاملته وتسليم العمل اليه قوله وكذا اذا اطلق بان
قال استاجرت هذا العبد ليخدمني ولم يقل في الحضر وفي السفر قوله بخلاف ما اذا اجر القصار
ثم سافر في الخدمة ولو اراد العبد ان يسافر لا يكون ذلك عذرا له في فسخ الاجارة لانه يمكنه ايفاء
المعقود عليه من غير ان يحبس نفسه في مكان معين بان يخرج من السفر ويخلي بين المستاجر وبين
العبد نعم العذر كما لو اقل ليس ببعيد قوله فاحرق الحصائد حصد الزرع حصدا وحصادا من باب
طلب وضرب حصائد جمع حصيد وحصيدة وهو الزرع المحصود واريد هنا ما يبقى في الارض من اصول
القصب المحصود قوله لانه غير متعد في هذا التسبب والضمان بطريق التسبب يعتمد التعدي في السبب كما
تحفر ان من حفر بئرا في داره فوقع فيها انسان فهلك لا يضمن الحافر لانه غير متعد فيه في حكم
فاصاب نفسا اما الاهلاك يضمن لانه مباشرة فلم يتوقف على التعدي وهذا لان المباشرة علة
فلا يبطل حكمها بعذر ما اما التسبب فليس بعلة فلا بد من صفة العدوان ليلحق بالعلة واحراق
الحصائد ههنا مباح وليس بتعد فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسي هذا اذا
كانت الرياح هادية حين اوقد النار ثم تغيرت لانه لا صنع له في تغير الرياح فاما اذا كانت
الرياح مضطربة ينبغي ان يضمن لان موقد النار في يوم الريح يعلم ان النار لا تستقر في ارضه
ولكن الريح يذهب بها الى ارض الجيران فصار كانه القى في ارضهم قوله واذا اقعد الخياط او الصباغ
في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا
بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل صورة المسئلة اذا كان للقصار او الصباغ كان معروف
وهو رجل مشهور عند الناس وله وجاهة ولكنه غير حاذق فيقعد في حانوته رجلا حاذقا
ليتقبل الناس منه فيعمل ذلك الرجل على ان ما اصابا من شيء فهو بينهما نصفان وهذا في القياس فاسد — العمل من
لان راس مال صاحب الدكان المنفعة والمنافع لا تصير راس مال الشركة ولان المتقبل
للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل اجيره بالنصف وهو مجهول لان الاجرة اذا كانت نصف
ما يخرج من عمله كانت مجهولة لا محالة وان كان المتقبل هو العامل فهو مستاجر لموضع جلوسه
من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول ايضا وفي الاستحسان يجوز هذا لان هذا شركة التقبل
في العمل ما بدا لهما سواء لم يصر راس مال احدهما التقبل وراس مال الآخر العمل وكان واحد منهما
نفعا للآخر كذا في النهاية قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل كان الاجر
بينا ذكر على ان يتقبلا الاعمال فيقبل احدهما ويعمل الآخر ولو شركا شركة التقبل على ان يعمل احدهما
ويعمل الآخر يكون الاجر بينهما وكذا اذا شاركا على ان يتقبلا باوجههما ان يشتري احدهما دون
الآخر فيه وهذا اقرب الى شركة التقبل من شركة الوجوه الا انه انما قال هذه شركة الوجوه
في الحقيقة لما ان قبول الاستاذ العمل لوجاهته قوله للجهالة اي لجهالة قدر المحمل من الطول

والعرض

كتاب المكاتب

والعرض والثقل والوطاء والغرائر والبير جمع دباء وهو كل ما القيته عليك من كساء او غيره قوله
برد الزاد معتاد عند البعض هذا جواب اشكال وهو ان يقال مطلق العقد محمول على العادة
وفي عادة المسافرين انهم كانوا ياكلون من الزاد فلا يردون شيئا مكانه فاجاب ان العرف
مشترك فانه معتاد عند البعض فكان العمل بالاطلاق اولى وهو ان المكاري قبل المحمل
من موضع الى موضع وانما يكون ذلك بعد ما انتقص من الزاد فلما نم من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب الكتابة التحرير يدا في الحال ورقبة عند اداء المال ومدار التركيب على
الجمع ومنه كتب الكتاب لانه جمع الحروف وضم بعضها الى بعض وكتب لستفا جوده والكتيبة
الطائفة من الجيش تسمى هذا العقد الذي حيث بين المولى والعبد كتابة لانه لا يخلو عن
كتب الوثيقة عادة وركنها الايجاب والقبول وحكمها صيرورة العبد احق بنفسه ومنافع
نفسه من سيده حتى لا يبقى له عليه يد وعلى اكسابه سبيل وشرط جوازها قيام الرق
في المحل قوله وهذا ليس امر ايجاب باجماع بين الفقهاء وبعض الفقهاء لا بعض اصحاب الظواهر
كداود الاصبهاني ومن تابعه هذا امر ايجاب اذا طلب العبد من مولاه ان يكاتبه وقد علم المولى
فيه خيرا يجب عليه ان يكاتبه لان الامر يقتضي الوجوب قوله وانما هو امر ندب هو الصحيح قوله
بعض مشايخنا الامر قد يكون لبيان الاباحة والجواز كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا
وقوله ان علمتم فيهم خيرا ذكر على وفاق العادة لان المولى انما يكاتب عبده اذا علم فيه خيرا
ولكن هذا ضعيف لان فيه الغاء الشرط اذ الاباحة ثابتة بدون الشرط قوله وهذا خلاف
الصحابة رضي قال زيد بن ثابت رضي مثل قولنا وقال علي رضي يعتق بقدر ما ادى وقال ابن مسعود
رضي اذا ادى قدر قيمته يعتق وفيما زاد على ذلك يكون المولى غريما من غرمائه وابن عباس
[...] رضي ايما عبد كوتب على مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد قوله لان موجب
العقد يثبت من غير التصريح به وعند الشافعي رح لا يعتق ما لم يقل كاتبتك على كذا ان اديت
الي فانت حر وحاصل الاختلاف راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حرية
اليد الى حرية الرقبة عند الاداء فكانه قال اوجبت لك حرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء
ولو نص كان يعتق عند الاداء كذا هنا وعلى مذهبه تفسيره ضم نجم الى نجم لانه ضم حرية الى
حرية ولو نص عليه لا يعتق بان قال ضربت عليك الفا على ان تؤديها الي كل شهر كذا كذا
هذا كذا في المبسوط قوله ولا يجب حط شيء من البدل وعند الشافعي رح يجب حط ربع
البدل لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم وعن علي رضي موقوفا عليه ومرفوعا الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال في هذه الآية وقال لهم ربع الكتابة ولنا انها عقد
معاوضة فلا يجب الحط في سائر المعاوضات فكذا فيها وهذا لان الكتابة سبب لوجوب
مال الكتابة على العبد فلا يكون سببا بعينه لاستحقاق الحط الذي يضاد الوجوب كالبيع

والامر للندب كالامر كاتبوهم وعن الحسن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه جماعة من
الصحابة رضي وهو الظاهر لان الايتاء يدل على التمليك هذا في التصدق عليهم لان الحط لا يكون تمليكا
قوله بخلاف السلم على اصله فان اصل الشافعي ره ان السلم في الحال يجوز قوله ولنا ظاهر ما تلونا
يعني قوله تعالى فكاتبوهم الآية من شرط التاجيل فقد زاد على النص والزيادة نسخ من وجه قوله والبدل
معقود به فاشبه الثمن في البيع ولهذا يجوز الاستبدال به قبل القبض وهذه آية الثمنية ولان العجز
عن الاداء يوجب الفسخ وهذه آية المبيعة لانا عملنا بالشبهين وقلنا بالفسخ عند العجز لكونه بيعا و
بعدم اشتراط القدرة عليه عند العقد لكونه ثمنا بخلاف السلم فيه فانه مبيع من كل وجه حتى لا
يجوز استبداله والقدرة على تسليم المبيع شرط لجواز البيع فلا بد من الاجل الممكن له من التسليم
قوله ولان مبنى الكتابة على المساهلة لانها عقد كونه اذا العبد وما في يده لمولاه فيكون الظاهر
انه لا يضيق عليه ولا يطالبه بالاداء حالا بعلم قدرته عليه الا انه لم يذكر الاصل لتكون منفصلا
في تاخير المطالبة في الاستيفاء كما كان متحتما عليه في اصل العقد في الابتداء بخلاف السلم لان مبناه
على المضايقة فلا يمهله اذا عجز فيجوز مؤجلا لا حالا قوله وفي الحال كما امتنع من الاداء رد
في الرق في الكتابة الحالة يرد الى الرق كما عجز لان شرط الفسخ عجز المكاتب عن اداء البدل
بعد وجوبه قوله اذا كان يعقل الشراء والبيع يعني يعقل ان الشراء جالب والبيع سالب
قوله جعلت عليك الفا الى قوله فاذا اديتها فانت حر فقوله اذا اديتها فانت حر لا بد منه
لان قوله جعلت عليك يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة لان المولى يستبد بضربه على عبده فلا
يتعين جهة الكتابة الا بقوله اذا اديتها فانت حر بخلاف كاتبتك لعدم الاحتمال وقوله
ان عجزت فانت رقيق لا يحتاج اليه ههنا وفي الكتابة ايضا وانما ذكرهما لحث العبد على الاداء
عند النجوم قوله فان هذا مكاتبة لا يجوز بيعه ويجوز فسخها بالتراضي ولو ادى بعض
البدل لم يبق محلا للتكفير بخلاف المعلق عتقه باداء المال فان هذه الاحكام تنعكس في
حقه قوله لان التنجيم يدل على الوجوب في ذلك بالكتابة لان التنجيم للتخفيف والتيسير وذلك
في المال ولا يجب المال الا بالكتابة لان المولى لا يستوجب على عبده دينا الا بالكتابة فعرفنا
ان المولى قصد ايجاب المال لهذا التنجيم قوله وفي نسخ ابي حفص ره لا يكون مكاتبة
قال فخر الاسلام ره في المبسوط وهو الاصح بدليل انه لو قال اذا اديت الي الفا في هذا
الشهر فانت حر لا يكون كتابة كذا ههنا والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا
الكتابة لانه قد يجعل في سائر البيوع وقد يخلو الكتابة عنه وذكر لفظ يختص هذا الكتابة
لم يوجد ههنا فلا كتابة قوله فيضم مالكية يدا اي مالكية نفسه اي يضم مالكية يده في الحال
الى مالكية نفسه في المال ولانه مالك نفسه من وجه ولهذا لو وطئها المولى يجب العقر وكذا
يجب الارش حتى لو قطعها ولا يكون ذلك الا بان يكون مالكا لا جزائه من وجه وحقيقته

مالكيّة

مالكية النفس عند اداء جميع البدل قوله فلا يعتق الا بالكل لقوله عليه السلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم
قوله ويثبت له في الآخر حتى من وجه اصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد ولكنه ضعيف
لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا
لا يصح الكفالة به فيثبت العقد بمقابلة مالكية ضعيفة ايضا واذا تم الملك للمولى بالقبض تم
المالكية للعبد ايضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق ضرورة اتمام المالكية قوله لما
بينا اشارة الى قوله لانها صارت حقا خاصا له بها توسلا الى المقصود فصل في الكتابة
الفاسدة قوله لتمكن الخلل في الحمرة اي ليس بمال متقوم قوله فلان القيمة مجهولة قدرا
جنسا ووصفا اما جنسا فانها تارة يكون من الدراهم وطورا من الدنانير واما قدرا فانها
تختلف مقدارها باختلاف المقومين واما وصفا فانها يكون جيدا ووسطا ورديا وصار
كما اذا كاتب على ثوب اعداه يعني ان الكتابة على القيمة بمنزلة الكتابة على ثوب ورد انه
لا يجوز لان الثوب اجناس مختلفة فما هو مجهول الجنس لا يثبت دينا في الذمة كما في
النكاح قوله ولانه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لانه موجب القيمة فان قيل
لو كاتبه على عبد وسط او عبد مطلق يجوز ولو كانت القيمة يجب بهلاك المسمى حتى لو اتى
بقيمة عبد وسط يجبر على القبول قلنا القيمة ههنا ثبت بنصيبه ما يجب قصدا لا حكما لكان
التصريح بالقيمة ويجب حكما لا قصدا لانه صرح بالعبد وقد يثبت الشيء حكما وضمنا
فيه ولكان لا يثبت قصدا كبيع الاجنة ونحوها قوله فان ادى الخمر عتق وفي المبسوط
فان ادى قبل ان يترافعا الى القاضي وقد كان قال له انت حر اذا اديته او لم يقل فانه يعتق
لان هذا العقد منعقد مع فساده فيعتق بالاداء وعليه قيمة نفسه لان العقد فاسد
فيلزمه رده لاجل الفساد وقد تعذر رده لنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته كالمشتري شراء
فاسدا اذا اعتق المبيع بعد القبض وقال زفر ره لا يعتق الا باداء قيمة نفسه لان البدل
هو القيمة اي في الكتابة الفاسدة كما في البيع الفاسد وفي نسخ الهداية لا يعتق الا باداء
قيمة الخمر وانه مشكل جدا لمخالفته لعامة روايات الكتب فان فيها لا يعتق الا باداء
قيمة نفسه ولو قيل بان المراد قيمة العبد اضيفت الى الخمر باعتبار ملابسته وهو وجوبها
عند ذكر الخمر في البدل لكان وجها متكلفا قوله ولا ينقص في ظاهر الرواية اي يعتق باداء
الخمر صح بذكر الشرط او لم يصرح قوله والعبد رضي بالزيادة لئلا يبطل حقه في العتق اصلا
اي الظاهر من حال العبد انه رضي بالزيادة على المسمى لينال شرف الحرية او لان العبد لما
اقدم على الكتابة الفاسدة والواجب فيها القيمة فقد رضي باداء قيمته وان زادت على
المسمى قوله وفيما اذا كاتبه على قيمته اذا ادى القيمة يعتق لانها البدل وانما يعرف ادا القيمة
بتصادقهما او باداء اقصى ما يقع به تقويم المقومين قوله واثر الجهالة في الاداء في ابطال العقد

Copyright © King Saud University

وهذا جواب اشكال وهو ان يقال ان القيمة مجهولة كجهالة الثوب فينبغي ان يؤثر ذلك في فساد
العتق على وجه لا يعتق باداء القيمة كما لا يعتق باداء الثوب فاجاب انه جهالة القيمة متمكنة
بخبر المقومين ولا يتوقف على اداء المسمى وطوق الثوب فاسم الثوب كما يتناول ما ادى يتناول
غيره ومعلوم ان مراده ليس مطلق الثوب لانه لا يزيل ملكه عن العبد بادى ثوب كان فكان
المراد معينا ولا يدرى ان المودى هل هو ذلك المعين ام لا فان قيل ينبغي ان يعتق باداء
ثوب اعتبارا لجهة التعليق اذ الكتابة تتضمن المعاوضة والتعليق فاذا بطل معنى المعاوضة
لجهالة الثوب فمعنى التعليق متعين كما اذا قال ان اديت الي ثوبا فانت حر فادى عتق
كذلك هنا قلنا التعليق في ضمن المعاوضة فاذا بطلت جهة المعاوضة بطلت بتلك الجهالة
لان المتضمن يبطل ببطلان المتضمن قوله لانه لا يقدر على تسليم لان ملك الغير غير مقدور
التسليم قوله فاشبه الصداق الجامع كون كل واحد منهما عوضا عما ليس بمال ولو تزوج على عين
لغيره جاز حتى وجبت قيمته عند العجز عن تسليمه فكذا هنا قوله اذا كان العقد يحتمل
الفسخ يحترز به عن النكاح قوله بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود
بالنكاح ليس بشرط اي شرط صحة التسمية في النكاح ان يكون المسمى مالا متقوما لا ان
يكون مقدور التسليم لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو البضع ليس بشرط لصحة
العقد حتى لو تزوج بنت ابنه يجوز وان كانت القدرة معدومة ففيما ليس بمقصود وهو المهر
اولى قوله وان كاتبه على عين في يد المكاتب اي عين هو من كسبه بان كان ماذونا في
التجارة ففي بيع عين حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين ففيه روايتان وقد
عرف ذلك في الاصل اي في المبسوط وذكر فيه عبدا ماذونا له في التجارة وفي يده عين
حصل من كسبه كاتبه المولى على ذلك العين ففيه روايتان اما اذا كانت في يده دراهم
او دنانير حصلت من كسبه يصح على اتفاق الروايات وجه الجواز ان هذه كتابة
على بدل معلوم مقدور التسليم ووجه الفساد ان الكتابة شرعت على وجه تختص بكسبه
فيثبت حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جازت الكتابة هنا
كان الاداء من مال المولى لان اكسابه وقت العقد مال المولى فكانت الكتابة على مال
مقصود للمولى لا على كسب يوجب بعد الكتابة فلا يفيد ملك المكاسب على ان تثبت حرية
العبد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون
كتابة قوله ويقسم المائة الدينار الى اخره حتى اذا كان بدل الكتابة مائة وقيمة المكاتب
خمسين وقيمة العبد خمسين يجب على المكاتب دار خمسين وسقط خمسون في
مقابلة العبد وانما يقسم على قيمتها لجواز ان يكون قيمة العبد المتوسط مستغرقة لكل
البدل وعلى هذا لا يحصل للمولى شي وانه ما رضي بذلك قوله وهو الاصل في الابدال

العقود

العقود يعني الاصل ان كل ما يصلح ان يكون بدلا في عقد يصح استثناؤه منه قوله ولهذا ان العبد شيء
من الدنانير لان الاستثناء من غير الجنس لا يجوز فيكون استثناء قيمته منها حتى يكون الاستثناء
من الجنس كما يجوز استثناء القيمة لانها لا تصلح بدلا لاشتمالها على نوع جهالة لاختلاف المقومين
فيها فاذا استثنى قيمته من البدل يجهل الحاصل ان هذا عقد اشتمل على البيع والكتابة لان ما
كان من الدنانير بازاء العبد الذي بيده المولى فهو بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب فهو كتابة
والبيع قد يبطل بجهالة الثمن والمعقود عليه فلو جازت الكتابة لجازت بما بقي من المائة
الكتابة بالحصة كتابة بالقيمة فيكون فاسدة قوله واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة
جائزة ومعناه ان يبين الجنس مثلا ان يكاتبه على عبد او صيفة ولا يبين النوع اي لم يقل تركي
او هندي والصفة اي لم يقل انه ابيض او اسمر او اسود قوله لانه معاوضة فاشبه البيع في الجامع
انها لا تصح الا بتسمية البدل فكانت معاوضة كالبيع الا ترى انه يقال ولو يفسخ قوله ولنا انه عقد
معاوضة مال بغير مال اي بشيء كان البدل في الابتداء مقابلا بفك الحجر وهو ليس بمال قوله
او بمال لكن في الانتهاء لانه في الانتهاء يقابل الرقبة ولكن على وجه يسقط الملك فيه اذ العبد لا يملك
ما له نفسه فشابه النكاح والجامع انه ينبني على المسامحة اي الجامع بين عقد الكتابة والنكاح قوله
لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة اي قيمة المسمى فانه اذا كاتبه على وصف كان ذلك كتابة على قيمته
في الحقيقة حتى اذا جاء بقيمته يجبر على القبول فحين جاز ان يعقد الكتابة على شيء قيمته الشيء
ابتداء جاز ان يبقى على القيمة اما البيع لا يعقد صحيحا على القيمة اصلا فلا يمكن ابقاؤه عليها
قوله واذا ادى قيمتها اي قيمة الخمر عتق لتضمن الكتابة تعليق العتق باداء البدل المذكور وصار
كما لو كاتب المسلم عبده المسلم على خمر فادى المكاتب الخمر فانه يعتق كذا ذكر بعض المشايخ في شرح
الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو ادى الخمر لا يعتق ولو ادى القيمة يعتق لان الكتابة
انقلبت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا لهذا العقد اذ العقد ينعقد صحيحا على الخمر ابتداء ويبقى على
صحيحا بعد الاسلام فلا ينقض بقاؤه صحيحا والخمر بدل فيه فبقاؤه صحيحا دليل على ان الخمر لم
يبق بدلا فلا يعتق باداء ثم العقد وقع فاسدا بسبب الخمر وبقي فاسدا لذلك ينبغي الخمر بدلا
واذا تعين بدلا يعتق باداها قوله ولو ادى الى العبد المسلم الخمر قوله وقد بينا من قبل اي في
اول هذا الفصل وهو قوله فان ادى الخمر عتق وقال زفر لا يعتق باب ما يجوز للمكاتب
ان يفعله وهذا لان الكتابة يشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ في الابتداء ويشبه النكاح
من حيث لا تحتمل الفسخ بعد تمام المقصود بالاداء فيوفر حظهما عليها فلشبهها بالبيع يبطل
بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلبها كما لو شرط خدمة مجهولة بان كاتبه على كذا على ان
يخدمه مدة لانه في البدل ولشبهها بالنكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اذا لم يتمكن في صلبها
بان كاتبه على ان لا يخرج من البلد والتناقض هذا هو الاصل في العمل بالشبهين هو الاصل في

Copyright © King Saud University

نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وفك الحجر واطلاق والتدبير بمنزلة
الاعتاق وهذا الشرط يخص العبد وهو ان لا يخرج من الكوفة فاعتبر في عقد الكتابة
اعتاقا في حق هذا الشرط لا معاوضة والاعتاق لا يبطل بالشروط الفاسدة كما لو اعتق
عبدا على ان يسافر فان الشرط باطل والاعتاق صحيح **قوله** ضرورة التوسل الى المقصود وهو
نيل الحرية والتزويج ليس وسيلة اليه لان انفكاك الحجر عنه في عقود الاكتساب والتزويج
ليس من اكتساب المال بل غير التزام المهر والنفقة **قوله** ولا يتصدق الا بشيء اليسير وما دون
الدرهم قليل يتوسع الناس فيه **قوله** ليجتمع عليه المجاهز فان المجاهز عند العامة الغني من التجار
وكانه اراد المجهز وهو الذي يبعث التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع او يسافر فحرف الى المجهز
حرفه الى اسيل الى المجاهز **قوله** ولا يكفل بنفسه نفسا ومالا اي الكفالة باذن المكفول عنه و
بغير امره لان كلا منهما تبرع واما اذا كان بغير امره فظاهر لانه تبرع محض ولا يكون له الرجوع
عما ادى فصار كالهبة واذا كان بامره فكذلك لانه كان الكفيل حتى لو يصير مقرضا بما ادى الى المكفول
عنه والاقراض تبرع لانه اعارة حكما بدليل ان قبض البدل لا يشترط في المجلس ولو كان معاوضة
شرط قبضه في المجلس لكونه صرفا وكذا الكفالة بالنفس ايضا لا تصح لانه تبرع محض من غير
عوض يحصل ولا يقال انه التزم تعلق في ذمته وهو التسليم وتسليم النفس مما لا يتعلق به المال
فكان متصرفا فيما هو خالص حقه فيجوز لانا نقول ان الكفالة متى صحت قد تفضي الى
المال لانه ربما يعجز عن تسليم النفس فيحبس على ذلك ويبقى حبس عجز عن الكسب فيتعلق حق
هذا الالتزام بكسبه فكان بمنزلة الكفالة بالمال فلا يجوز وسواء كان باذن المولى او بغير
اذنه لانه لا يملك المولى فيه ما في ضره وكسبه موجود اذنه فيما هو تبرع كعدمه **قوله** فان زوج
امته جاز لانه اكتساب للمال … المكاتبة عن تزويج نفسها لان حق المولى في رقبتها
باقية ولهذا تملك اعتاقها دون اعتاق امها فيمنع ذلك نفوذ ولايه الاستبداد بتزويج
نفسها لان فيه تعيب رقبتها فان النكاح عيب فربما تعجز ويبقى هذا العيب على المولى وفيه
ان النكاح غير مشروع في الاصل لاكتساب المال بل للتحصين والعفة وانفكاك الحجر
يثبت للمكاتبة في عقود اكتساب المال فاذا كان مقصودها من تزويج نفسها شيئا آخر
سوى المال لم يكن هذا العقد مما يتناوله الملك الثابتة بالكتابة بخلاف تزويج الامة
فان قيل هذا موجود في امته ومع ذلك تملك تزويجها **قلنا** نعم ولكن امته مملوكة
المولى وامته ليست بمملوكة للمولى حتى ينفذ عتق المولى في امته دون امته ولو عجز فقد
صارت امته خالصة له فيجب على المولى فيها استبراء جديد ويلزم ذلك في مكاتبة
امته **قوله** وقد يكون هو انفع له من البيع لانه لا يستوجب الثمن في ذمة المشتري ما لم يزل
العبد عن ملكه وهنا لا يزول العبد عن ملكه ما لم يتملك البدل بالعتق فلما ملك البيع

فالكتابة

فالكتابة اطلق ولهذا يملك الاب والوصي كتابة عبد الصغير ثم لا يثبت للعبد الا ما هو ثابت له بخلاف
الاعتاق على مال فوقها هو ثابت له لان الثابت للمكاتب ثبوت حق الحرية وللمعتق على
مال حقيقتها **قوله** لانه نوع ملك وهذا لان لكل واحد منهما حق ملك في كسب المكاتب
الثاني لان كتابة الاول كانت باذن المولى فيكون ما للثاني من حق الكسب منقولا الى المولى
فصار كانه مكاتبه من وجه فيكون للمكاتب الاول فيه حق ايضا لانه كسبه فكان هو المباشر لهذا
العقد وحصته ارجح من حق المولى لان حصته حق ملك وتصرفه وللمولى حق ملك لا غير فاذا
كان الاول من اهل ان يثبت له الولاء فهو اولى من المولى واذا كان مكاتبا حال الولاء لم يكن
من اهل الولاء فيخلفه مولاه كالعبد المأذون اذا اشترى شيئا ملكه مولاه بهذا الطريق **قوله**
ويصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة ولهذا اذا اوصى لموالي فلان وله معتق في الاحياء
له معتق المعتق يستحق هو الوصية ولا يكون الا باضافة الولاء اليه **قوله** هو قاسه على
المكاتب فان له ان يتزوج امته فكذا هؤلاء واعتبره بالاجارة فان لهم ولاية الاجارة فكذا
ولاية تزويج الامة اذ كل واحد منهما تمليك المنفعة ببدل ولهما ان لهم التجارة وهذا ليس بتجارة
لانه ليس بمبادلة المال بالمال اذ البضع ليس بمال حقيقة فصار هو نظيرها بالكتابة ولا يملك
هؤلاء الكتابة فكذا هذا اما المكاتب يملك الاكتساب وهذا اكتساب بخلاف الاجارة فانها
مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت الحيوان في الذمة بدلا عن المنافع فكانت تجارة **فصل**
واذا اشترى المكاتب اباه او ابنه دخل في كتابته حتى يمتنع بيعه انما قيد بقوله دخل في كتابته
ولم يقل صار مكاتبا لانه لو كان مكاتبا اصالة لبقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلي و
ليس كذلك بل يعجز الداخل بعجز الاصل حتى اذا عجز المكاتب يباع الاب لما ان كتابة الداخل
بطريق التبعية لا بطريق الاصالة **قوله** الا ترى ان الحر متى كان يملك الاعتاق يعتق
عليه اي اذا اشترى اباه او ابنه **قوله** وله ان للمكاتب كسبا لا ملكا ولهذا لم تحل الصدقة له ان
اصاب مالا ولا يملك الامة ولا يفسد نكاح امرأته اذا اشتراها بانه لو كان للمكاتب ملك له
في الحقيقة لكنه تقدر على الاكتساب والقدرة عليه توجب النفقة في قرابة الولاد حتى
يجب نفقة الوالدين والولد على القادر على الكسب ان لم يكن موسرا ولا يجب نفقة الاخ الا
على الموسر **قوله** ولان هذه قرابة توسطت بين الاعمام وقرابة الولاد اي قرابة الاخ و
امثالها متوسطة بين قرابة بني الاعمام وهي بعيدة لانها بواسطة العم وهو بواسطة
الجد وبين قرابة الولاد وهي قرابة قريبة لانها بغير واسطة وهذه القرابة بواسطة الاب
او الجد ونحو ذلك فاشبهت بني الاعمام في حق الزكوة وحل الحليلة وقبول الشهادة وجريان
القصاص واشبهت الولاد في حق حرمة المناكحة وافتراض الصلة وحرمة الجمع بينهما نكاحا
فالحقناها بالولاد في حق حرمة المناكحة ثم العتق وببني الاعمام في الكتابة توفيقا على الشبهين

حظها قوله وهذا اولى من الحمل على عكسه لان العتق اسرع نفوذا الى قوله الحقناها بالاولاد في
حق الكتابة لانها اشبه اللاحق لانه يلزم منه الحاقها بالاولاد في حق العتق لان العتق اسرع
نفوذا من الكتابة قوله ولم يجز بيعها ولم يدخل في كتابته حتى لا يعتق بعتقه بعض عليه المشايخ
قوله اما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا اشارة الى قوله تحقيقا للصلة بقدر الامكان
قوله لان كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ اي كسب المكاتب موقوف بين
ان يودي فيتقرر له وبين ان يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق بما لا يحتمل الفسخ وهو امومية الولد
اذ لو تعلق لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ او كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ
بانفساخ الكتابة نعم يلزم ان يجعل الشيء الذي لا يقبل الفسخ من جملة الشيء الذي يقبل
الفسخ بطريق التبعية وكذا لا يجوز لان الذي لا يقبل الفسخ اقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه
الا انه يثبت امتناع بيعها اذا كان معها ولدها تبعا لثبوته في الولد نظرا عليه وما ثبت تبعا
يثبت بشروط المتبوع ولو ثبت بدون الولد يثبت ابتداء والقياس ينفيه قوله لان امتناع البيع
ثابت فيها مؤكدا لتسريه الى الولد المولود مؤكدا للاحتراز عن ولد الابقة حيث لا يجوز بيعها ويجوز
بيع ولدها لما ان امتناع البيع في الابقة غير مؤكد لانه بيع الابقة يجوز في اقرانها عنه فلا
يسري الى الولد قوله دخل في كتابتها وفي بعض النسخ في كتابتهما معناه اذا كاتبهما كتابة واحدة
يدخل الولد في كتابتهما لكن باعتبار تبعية الام حتى يكون كسبه لها كما كانت الكتابة متفرقة و
الصحيح هو الاول قوله زعمت انها حرة للمغرور انما يثبت للامة انها حرة وكذا اذا زوجها منه
حر انها حرة او زوجها منه عبدا ومدبر او مكاتب على انها حرة ويرجع المغرور بما ضمن من
قيمة الولد على الامة بعد عتقها ويرجع على الحر في الحال وعلى العبد والمدبر والمكاتب اذا
اعتقوا ولما اذا اراد ان يتزوج امراة فاخبره رجل انها حرة ولم يزوجها اياه فتزوجها
الرجل على انها حرة فاذا هي امة قد ولدت ضمن الزوج قيمة الولد لانه مغرور ولا يرجع
الزوج على المخبر بشيء لانه ما التزم شيئا انما اخبر بخبر كان كذبا فذلك لا يثبت له حق الرجوع
كما لو اخبره ان الطريق امن فسلك فاخذه اللصوص ولكن يرجع بقيمة الولد على الامة
اذا اعتقت انها غرته حين زوجت نفسها على انها حرة فان تزوجها وهو يعلم انها امة او
تزوجها وهو يحسب انها حرة ولم يعرفها احد فاولاده رقيق لان هذا ظن منه والظن
لا يغني من الحق شيئا قوله ولا ياخذهم بالقيمة اي لا ياخذ المكاتب الاولاد بالقيمة اي لا يكون
الاولاد احرارا بالقيمة قوله لان حق المولى هنا مجبور بقيمة ناجزة اي فيما اذا كان المغرور
حرا يواخذ بالقيمة الولد في الحال وعلى قول محمد هنا بقيمة متاخرة الى ما بعد العتاق
اي فيما اذا كان المغرور مكاتبا او عبدا او مدبرا هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى اما
اذا كان التزوج من هولاء باذن السيد فعليهم قيمة الولد والمهر في الحال لانه كان دين وجب

عليه

٨٥

عليه بسبب ما دون فيه من جهة المولى ويواخذ به في الحال بكل دين وجب بسبب غير ما دون فيه من
جهة المولى لما يواخذ به بعد العتق قوله وهذا العقد من توابعها توابع التجارة لدخلت تحت
الكتابة وان كانت تبرعا حقيقة كالضيافة اليسيرة والهبة اليسيرة وهذا العقد من توابع التجارة
ويستند الى التجارة لانه لولا الشراء لوجب الحد فصار ملحقا بين التجارة وان كان مقابلا بغير
مال ولم يظهر في الفصل الثاني لان وجوب العقر باعتبار شبهة النكاح وهو ليس من التجارة
ولا اكتساب فلا ينتظمه الكتابة فتاخر الى عتقه كدين الكفالة قوله يملك الاعتاق في ولدها لا
الدعوة من المولى كالحر يملك تحرير ولدها قصدا اذ لم يكن منه فلان يملك تحرير ولدها
ضمنا للدعوة اولى قوله فما له من الملك يكفي لصحة الاستيلاد بالدعوة وهذا لانه لما كفى له
ادنى ملكه في مكاتبه باطل بعدم جواز اعتاقه لصحة الاستيلاد حتى يثبت منه النسب عند الدعوة
فلان يكفي للمولى ما له من الملك وهو اقوى من قبيل اعتاقه بصحة الاستيلاد اولى قوله لما قدمنا
اشارة الى قوله يستبد بمنافع المكاتبة فاذا وطي المولى مكاتبته لزم العقر لانه صادفت اخص اجزائها
قوله ولو ولدت ولدا اخر لم يلزم المولى وطيها ولذلك لا يلزم المولى الا ان ينفي حتى اذا عجزت
نفسها ثم ولدت ولدا فانه يلزم المولى بدون الدعوة لانها صارت ام ولد لحل وطيها فيحكم
بثبوت النسب من المولى كسائر اولاد ام الولد قوله جهتا حرية اي عاجلة ببدل الكتابة و
اجلة بغير بدل قوله عزلها يسلم لها الاكساب والاولاد جواب لشبهة وهي ان يقال لما انفسخت
الكتابة بموت المولى كان ينبغي ان لا يسلم الاكساب والاولاد المشتراة في الكتابة للمولى فاجاب انه
الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في حق الاولاد والاكساب لان الفسخ لنظرها والنظر في
انفساخها في حق سقوط البدل لا في حق الاكساب والاولاد قوله فان مات المولى ولا مال
له غيرها انما قيد به لانه لو كان له مال غيرها وهي تخرج من ثلث المال عتقت بالتدبير وسقطت
عنها المكاتبة لوقوع الاستغناء بها اداء المال لكان هذا بمنزلة ما لو اعتق المولى مكاتبته قوله
وتلقاها جهتا حرية بدل اي معجل بالتدبير وموجل بالكتابة فتخير لان في التخيير فائدة
لجواز ان يكون اداء اكثر المالين ايسر باعتبار الاجل واقل المالين اعسر لكونه حالا فكان في التخيير
فائدة وان كان جنس المال متحدا قوله قابل البدل بالكل اي بكل الرقبة لانه اضاف العقد الى
كلها فقال كاتبتك على هذا وهي محل قابل لهذا العقد كالقن فيصير كلها مكاتبا واذا كان كذلك
وقد سلم لها ثلث نفسها مجانا ينبغي ان يسقط بقدره من البدل وصار كما اذا تاخر التدبير بان
كاتب عبده اولا ثم دبره ثم مات ولا مال له سواه فانه يسقط عنه ثلث بدل الكتابة بالاتفاق
قوله وهذا ان جميع البدل مقابل بثلثي رقبتها لانه يقال الظاهر انه التزم مقابلة الكل لانه انما
التزم لعتق قبل موت المولى لا استحقاق المدبر للعتق غير متقرر قبل موت المولى لانه
ان مات قبل موت المولى بطل الاستحقاق وان مات المولى قبله تقرر وبدل الكتابة في الحال

Copyright © King Saud University

كالموقوف بعد ان يكون بمقابلة الكل او الثلثين فان ادى قبل موته يكون بمقابلة الكل يعتق كله
باداء البدل وان مات المولى اولا تقرر استحقاقه فتبين بموت المولى الا ان التزام البدل
كان بمقابلة ما لم يتقرر استحقاقه يوضحه انه انما يلتزم البدل ليحصل العتق له عاجلا اما لو علم
حصوله بالتدبير قبل الاداء لا يلتزم البدل فان ادى قبل موت المولى يجعل بمقابلة الكل واذا
مات المولى قبل الاداء يجعل بمقابلة الثلثين **قوله** استحقت حرية الثلث ظاهرا انما يقول
ظاهرا لانه اذا مات المولى وعليه دين ولا مال له غيره فانه لا يسلم له الثلث لانه يسعى **قوله**
فصار كما اذا طلق امرأته ثنتين الى قوله كان جميع الالف بمقابلة الواحدة **فان قيل** اما قلتم البدل
ثمة بازاء ما بقي بوقوع الطلقتين اما ههنا فلا يرد حق العتق ما لا يملك كاملا فيها ولهذا لو وطئها
يجوز ان يثبت بازائه من البدل **قلنا** قد سقطت مالية هذا الثلث هنا ولهذا لو اتلفها انسان لا
يضمن الا بقيمة الثلثين فيكون البدل باداء الباقي **قوله** لدلالة الارادة اي ارادة المطلقة لان
الظاهر انها تدفع الالف في مقابلة الطلقة الواحدة الباقية لانه لم يبق الا الطلقة الواحدة
كذلك ههنا **قوله** عندابي حنيفة عتق الكتابة **قوله** لما بينا لانه لا ينافي لانه يلقاها جهتا حرية **قوله**
بناء على ما ذكرنا الادبر قوله اما الخيار فتفرع لتجزئ الاعتاق **قوله** ووجهه ما بينا اراد به قوله
لان البدل مقابل بالكل **قوله** لانا نبقي الكتابة في حقه اي في حق الكسب لان الحكم بانفساخ
الكتابة في حق سقوط البدل المنظور والنظر في بقائها في حق سلامة الاكساب **قوله** نكار ربوا
لانه لما ادى خمسمائة كانت هذه الخمسمائة مقابلة خمسمائة من الالف التي في
ذمته فالخمسمائة الاخرى يسلم للمكاتب بالاجل وانه ليس بمال والدين مال فيكون هذا بمقابلة
المال لغير المال فيكون ربوا لان الربوا هو الفضل الخالي عن العوض **قوله** ولهذا لا يجوز
مثله في الحر بان كان للرجل على رجل دين مؤجل فصالحه على نصف حقه معجلا لا يجوز وكذا لو كان
على مكاتب الغير دين مؤجل فصالحه على هذا الوجه لا يجوز **قوله** وبدل الكتابة مال من وجه
اي ليس بمال من كل وجه حتى لا يصح الكفالة به ولا يصلح نصابا للزكوة **قوله** ولان عقد الكتابة
عقد من وجه لان القياس ينفي هذا العقد لان المولى لا يستوجب على عبده دينا ولانه يمين
من وجه لان القياس تعليق العتق باداء البدل والاجل ربوا من وجه فيكون شبهة الشبهة
فلا يعتبر **قوله** حتى اجري عليها احكام الابدال حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن ويأخذ الشفيع
بكل الثمن **قوله** ونظير هذا اذا باع المريض دارا بثلثة الاف الى سنة وقيمتها الف اي اصل
اختلافهم هذا مريض باع دارا قيمتها الف ههنا في القدر والتأخير لانه تبرع باسقاط احد
الالفين وتأخير الالف الاخرى **باب** من يكاتب عن العبد **قوله** لانه لو شرط اي حتى يعتق
بوجوده لانه لم يقل على ان ادبت البدل فانا بوجود العقد موقوف على الموقوف لا حكم له **قوله**
لا منزد للعبد الغائب بهذا لان المولى ينفرد بايجاب العتق والحاجة الى قبول المكاتب لاجل

البدل

البدل فاذا تبرع الفضولي باداء البدل وتصرف الفضولي نافذ في حق حكم لا يتضرر به ولا ضرر عليه
في صفقة عنه تبرع الغير باداء البدل عنه فنفذ الكتابة في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الالف
على العبد **قوله** وقيل هذه هي صورة مسئلة الكتابة ما اذا لم يقل ان اديت اليك الفا فهو حر
بل قال الرجل كاتب عبدك على الف درهم وقبل الفضولي عن العبد والحكم فيه انه ان ادى عتق
ان بلغ العبد فقبل يصير مكاتبا وقيل هذا الجواب اي العتق باداء الفضولي فيما اذا كانت المسئلة
مصورة بصورة التعليق بان قال الفضولي على اني ان اديت عنه فهو حر على ما قال في الكتاب
قوله لانه متبرع لانه لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في ادائه وهل له ان يسترد ما ادى الى
المولى قلنا ان اداه بحكم الضمان وهو ان يقول كاتب عبدك على اني ضامن يرجع عليه لانه على الفم
ادى بضمان فاسد فان الكفالة ببدل الكتابة لا تصح وان ادى بغير ضمان لا يرجع لانه متبرع
حصل مقصوده وهو عتق العبد فلا يرجع كمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم ترده
وهذا اذا ادى بدل الكتابة وان ادى البعض له ان يرجع سواء ادى بضمان او بغير ضمان ان
ادى بضمان فظاهر وان ادى بغير ضمان فكذلك لانه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان حكم
الاداء موقوفا فيرجع كمن تبرع باداء الثمن في بيع موقوف كان له ان يسترد الثمن من البايع
لهذا المعنى بخلاف ما لو قبل العبد الكتابة ثم تبرع انسان عنه باداء بعض بدل الكتابة حيث
لا يرجع لان غرضه حصل مقصوده وهو براءة ذمة المكاتب عن بعض البدل وههنا لم يكن في
ذمة العبد شيء حتى يبرأ بادائه هذا اذا اداه ان يرجع قبل اجازة العبد وان اجاز الكتابة
حتى نفذت عليه ثم اراد الحر ان يرجع بما ادى بحكم الضمان يرجع وان ادى بغير ضمان لا يرجع سواء
ادى الكل او البعض لانه متى اجاز نفذت الكتابة من الابتداء فوقع الاداء متبرعا في ذمة المكاتب
عن بدل الكتابة فحصل مقصود المتبرع فلا يرجع **قوله** والكتابة على هذا الوجه مشروعة بان
جعل نفسه اصلا في الكتابة والغائب تبعا كولد المكاتبة يكون تبعا لها فيصح التصرف كذلك او
هذا كتابة للحاضر على الف وتعليقا لعتق الغائب باداء الالف الذي هو البدل في هذه الكتابة
تصحيحا لتصرف العاقل بقدر الامكان **قوله** واذا ادى عتق اما الحاضر فظ لان البدل عليه حتى يجبر
المولى على قبوله عند ادائه وعتق الغائب ايضا لدخوله في كتابة الحاضر تبعا كما في ولد المكاتبة
او لما ذكرنا من التعليق ووجوب الشرط واما اذا ادى الغائب فلانه ينال بهذا الاداء شرف
الحرية فلا يكون بمنزلة الاجنبي بل يكون بمنزلة ولد المكاتبة ومعير الرهن اذا قضى دين الراهن
فان المرتهن يجبر على القبول لانه يتخلص به ما له فههنا اولى لانه يتخلص به نفسه ولا يكون
للمولى على الغائب مطالبة لانه دخل في الكتابة تبعا كولد المكاتبة او لانه في حقه مجرد تعليق
العتق بشرط اداء بدل الكتابة وذلك لا يوجب المطالبة ثم ان العبد الغائب يدخل
في عقد الكتابة تبعا كولد المكاتبة الا انه اصل من وجه من حيث عقد الكتابة اضيف اليهما نصا

بقوله كاتبني بالف درهم على نفسي وعلى فلان الغايب فكان بدل الكتابة منقسما عليهما في الاصل
ولهذا لو اعتق المولى الغايب عتق وسقط حصته من المكاتبة لانه المال مقابل بالرقبتين
في حق المولى والحاضر وانما جعلناه تابعا للاحصة له في حقه لئلا يتضرر به فاذا طلبت حصته
لم يعتق الحاضر حتى يؤدي حصته وان عتق الحاضر عتق وبطل عنه حصته من المكاتبة ويؤدي
الغايب حصته حالا والا رد في الرق لان الاجل كان مشروطا للحاضر ومنه الغايب بخلاف
ولد المكاتبة اذا اعتقه المولى لا يسقط من المكاتبة شيء ويعتق باعتاق المكاتبة **قوله**
فان قبل الغايب او لم يقبل فليس في ذلك منه شيء اي لا يؤخذ بقوله في لزوم بدل الكتابة
عليه لانه ليس للمولى ان ياخذ الغايب بشيء اجاز الغايب او لم يجز وكذلك الشروط لا يؤثر في
حق عقد الكتابة عليه لانه ليس للمولى عن الحاضر بعقد الكتابة لا زم للحاضر وان رده
الغايب **قوله** واذا كاتبت الامة على نفسها اي قبلت عقد الكتابة على نفسها او على ابنين صغيرين
لها والحكم في العبد كذلك فليس في وضع المسئلة في الامة فائدة سوى ما ذكر الفقيه ابو جعفر
ره في كشف الغوامض بقوله ان هذه الرواية على رواية الجامع الصغير من الغائب ما الذي
في الكتاب المبسوط فان هناك وضع المسئلة بقوله كاتب عبد على نفسه واولاد الصغار
وعلى رواية الجامع الصغير لقايل ان يقول للاب على الصغير من الولاية ما ليس للام فرواية
الجامع الصغير تبين ان ذلك كله سواء وانما قيد بالصغير لان بذلك على ان الاثر يصول
الغايب بعد وعدم فائدة وضع المسئلة في الصغيرين دون الصغير هي ان ايهم ادى لم يرجع
على صاحبه ويعتقون لانه لولا هذا الوضع كان لقايل ان يقول في مثل هذا اذا ادى احد
الابنين ينبغي ان لا يعتق الابن الاخر لانه لا اصالة بينهما ولا تبعية بخلاف الامة وابنيها
فان اداء الام كاداء ابنها بطريق ان الابن تبعها ولذلك اداء الابن كاداء امه لانه لما دخل
في كتابتها بطريق التبعية صار اداء التبع كاداء الاصل واما اداء هذا الابن ليس كاداء اخيه
لما انه لا تبعية بينهما ولهذا وضع المسئلة في المبسوط في الاولاد الصغار ليفيد هذه الفائدة
ولكن اختار في الجامع الصغير لفظ البنين لانه انما يتحقق فيه هذه الفائدة **قوله** على ما
بينا في المسئلة الاولى وهي ما اذا كاتب عن نفسه وعن عبد آخر لمولاه غايب **قوله** و
هي اولى بذلك من الاجنبي لان ولدها اقرب اليها من الاجنبي **باب** كتابة العبد
المشترك **قوله** ان يكاتب نصيبه اي نصيبه المأذون **قوله** واصله اي اصل قولنا المال الذي
يتجزى عند ابي حنيفة ره وعندهما هو بينهما **قوله** فيكون متبرعا بنصيبه عليه اي على المكاتب
مكاتبا وبقي نصيب الآذن عبدا كما كان مخيرون الكسب كان هذا كسب مملوك بعضه مكاتب
وبعضه عبد وما كان من كسب المكاتب فهو للمكاتب وما كان من كسب العبد فهو لمولاه
فنصيب الآذن الذي لم يكاتب كبر نصيب بدل الكتابة فقال ابن نعمه بقضاء دينه من الكسب

الذى

بتبرعه
الذى بكمله فيصير للآذن متبرعا بنصيب نفسه من الكسب العبد على الشريك ما دام لم
يقبض الشريك لم يرجع ويصير بمنزلة ما لو وهب من مكاتبه شيئا ثم الكاتب بكل من
غير عوض ويعجز **فان قيل** المتبرع لم لا يرجع بما تبرع به اذا لم يحصل مقصوده
من التبرع لمن تبرع باداء الثمن عن المشتري ثم هلك المبيع قبل القبض او استحق يرجع بما
تبرع به لان المقصود من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري لم يحصل وكذا لو تبرع بالمهر
عن الزوج ثم جاءت الفرقة من جهتها قبل الدخول يرجع بما تبرع لان مقصود المتبرع سلامة
منفعة البضع للزوج ولم يحصل وههنا ايضا مقصود الآذن بالتبرع ان يسلم للمكاتب رقبته
بالعتق ولم يحصل بالعجز فينبغي ان يرجع **قلنا** المتبرع عليه ههنا هو المكاتب من وجه من حيث
ان مقصود الآذن عتقه وبعد العجز صار موقوفا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده
دينا ولا عينا خصوصا اذا خرج عن يده بالتسليم الى المكاتب بخلاف الزوجية والبائع
لان ذمتها محل صالح لوجوب دين المتبرع فيثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده **قوله**
لعدم التجزي ولا يلزم كتابة احدهما بدون اذن الشريك حيث يثبت الكتابة مقتصرا عليه لان
الكتابة انما يقتصر على احد الشريكين اذا كانت غير لازمة والكتابة ههنا ليست بلازمة بدليل
ان الساكت يملك فسخها وههنا لازمة فاشبهت التدبير **قوله** كما في المدبرة المشتركة صورتها
امة بين رجلين دبراها ثم وطئها احدهما فجاءت بولد فادعاه يثبت نسب الولد وتقتصر
امومية الولد على نصيبه **قوله** لقيام ملكه ظاهرا بالنظر الى بقاء الكتابة وبالنظر الى العجز
يبقى ملكه فيها والظاهر انها تمضي على كتابتها فيكون ملك الثاني باقيا فيها **قوله** ووطيه
سابق فيصير ملكه من ذلك الوقت لان السبب هو الوطي بعد كما اذا اسقط الخيار
يثبت الملك للمشتري من وقت العقد حتى يستحق الزوائد **قوله** لانه بمنزلة المغرور لان
الشريك وطئها على حسبان ان نصفها على حكم ملكه نظرا الى العجز وبطلان الكتابة فتبين انه
لا ملك له نصفا فصار مغرورا **قوله** ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد **فان قيل** ينبغي ان لا
يضمن قيمة الولد لان ضمان القيمة في ولد المغرور كان لان المالية تتلف في الولد بحريته فيضمن
الاب قيمته وههنا الولد يتبع الام والام غير متقومة فكذا الولد فلا يجب القيمة فكان حرا
فلا يجب الضمان **قلنا** عن ابي حنيفة ره في كون ام الولد متقومة روايتان فهذا وقع على
رواية التقوم فيكون الولد متقوما على هذه الرواية فيضمن بالقيمة **قوله** وهذا الذي ذكرنا
كله قول ابي حنيفة ره وقال ابو يوسف ومحمد هي ام ولد للاول وحاصل الاختلاف راجع
الى ان الاستيلاد في المكاتبة يتجزى عند ابي حنيفة ره وعندهما لا يتجزى واجمعوا على
انه لا يتجزى في القنة ويتجزى في المدبرة لهما ان تكميل الواجب الاستيلاد واجب اما لو
هذا يكمل في القنة ولكن تكميله ههنا بفسخ الكتابة لان الكتابة اذا انفسخ يصير قنة

واستيلاد الفقير لا يتجزى وكذا عند ابي حنيفة رحمه الله لتكميل الاستيلاد الا بتملك نصيب صاحبه والمكاتبة
يحتمل النقل من ملك الى ملك فلا وجه لفسخ الكتابة لان المكاتب قد رضي بجهة عاجلة بجهة الكتابة
ولا يرضى بجهة آجلة بجهة الاستيلاد فاذا لم يتحقق الفسخ منفعة لا تنفسخ الا بفسخ الكتابة ولهذا
قلنا ان الاب اذا استولد مكاتبة ابنه لا يصح ما لم يصح بفسخ الكتابة قوله ولا يجوز وطي الآخر
اي لا يكون هذا الوطي حلالا بل يثبت به النسب ولا يمنع جواز الوطي بالاتفاق قوله فتفسخ بما تعجز
به المكاتبة لا تضرر بها في كونها ام الولد بل لها فيه نفع حيث لم يبق محلا للاستبدال بالبيع والهبة
ويبقى الكتابة فيما وراءه وهو كونها احق باكسابها واكساب ولدها قوله بخلاف التدبير جواب
لما قاس ابو حنيفة رحمه الله المكاتبة المشتركة اي الكتابة تخالف التدبير من حيث ان الكتابة قابلة
للفسخ والتدبير غير قابل للفسخ فلذلك اذا استولد الشريك الثاني بعد استيلاد الاول المدبرة
المشتركة بينهما صح استيلاده لانا قلنا ان امومية الولد يجب تكميلها ما امكن وههنا لا
امكان لان التدبير لا يقبل الفسخ بخلاف بيع المكاتب لا يفسخ الكتابة بل يتضرر بتجويز
البيع لان المكاتب يتضرر بفسخ الكتابة بدون رضاه في البيع فقد قلنا انه ينفسخ فيما لا
يتضرر المكاتب قوله غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة وهي شبهة انها مكاتبة بينهما فالدليل
الذي ذكره ابو حنيفة رحمه الله على انها يبقى مكاتبة بينهما قوله لان الوطي لا يخلو عن احدى الغرامتين
اي اما الحد واما العقر قوله وصار كلها مكاتبة له اي للاول قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة
وهو اختيار الشيخ الامام الزاهد ابي منصور الماتريدي رحمه الله لان الكتابة لما انفسخت في نصيب
الثاني سقط نصف بدل الكتابة وقال عامة المشايخ رحمهم الله يبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة لان
انفساخ الكتابة امر ضروري فلا يظهر فيما عدا ذلك للاول نصيب الثاني فيبقى العقد الثابت
كما كان قوله وهذا بغاية في حقه اي في ابقاء عقد الكتابة في حق نصف بدل الكتابة نظر له
اي المستولد الاول وهو حصول بدل الكتابة له قوله على ما بينا اي في بيان قول ابي حنيفة رحمه الله
قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول ابي حنيفة رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة وهو قول ابي يوسف
رحمه الله في مكاتبة بين شريكين اعتقها احدهما فانه يجب عليه عند ابي يوسف رحمه الله نصف قيمتها مكاتبة
فقياس قوله فيما نحن فيه ان يضمن نصف قيمتها مكاتبة ايضا وقيمة المكاتب نصف قيمتها قنا
قوله لانه ضمان التملك يظهر اثار الملك فيه من حل الوطي والاستخدام ونحوهما فاما اذا
اعتقها احدهما او كان هنا ضمان افساد الملك لانه لم يظهر اثره من اثار الملك عندهما
والولاء ليس من اثار التضمين فان الولاء عندهما للمعتق على تقدير التضمين وعدمه فلم
يكن ضمان الاعتاق ضمان التملك قوله ويضمن محمد رحمه الله يضمن الاول من نصف قيمتها مكاتبة
ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي
نصف البدل على اعتبار الاداء والتردد بينهما يجب اقلهما لانه متيقن وكانه لو بقي من البدل

درهم يكون حصته نصف درهم وقد ملكها احدهما بالاستيلاد فيستحيل ان يجب عليه نصف القيمة
وهو خمسمائة درهم اذا كانت قيمتها الف درهم وقد وصل اليه جميع بدل حصته من هذه الامة
الا نصف درهم فلهذا اوجبنا الاقل قوله والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب والفرق ان
الثابت قبل العجز هو الملك بطريق الظاهر وذلك يكفي لثبات النسب دون التدبير الا ترى
انه لو اشترى امة ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها ثم استحقت لم يبطل النسب وكان
الولد حرا بالقيمة كذا ههنا قوله على ما بينا اشارة الى ما ذكر في قول ابي حنيفة رحمه الله ثم اذا عجزت
بعد ذلك جعلت الكتابة كأن لم تكن وتبين ان الجارية كلها ام ولد للاول لانه زال المانع
من الانتقال قوله لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبة لان استيلاده كان عند قيام
الكتابة ويصح استيلاد المكاتبة بالاجماع قوله وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا اشارة الى
قوله اما عندهما فظاهر واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانه بالعجز تبين انه ملك نصيبه من وقت
الوطي قوله والخلاف فيه اي في اعتاق احد الشريكين العبد المشترك على اطلاق في الرجوع
فان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا ضمن الساكت المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع
المعتق على العبد في الخيارات فان عند ابي حنيفة رحمه الله الشريك الساكت بين الخيارات
الثلاث ان شاء اعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما
ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار وغيرهما وهو الولاء فان عند ابي حنيفة
رحمه الله ان شاء اعتق الساكت او استسعى فالولاء بينهما وان ضمن للمعتق فالولاء للمعتق و
عندهما الولاء للمعتق في الوجهين جميعا قوله كما هو مسئلة تجزي يعني كما ان مسئلة تجزي
الاعتاق على الخلاف فكذلك الرجوع والخيارات والولاء على الخلاف ايضا فكان فيه
اشارة الى ان الخلاف في هذه الاشياء بناء على مسئلة تجزي الاعتاق وعدمه قوله و
عندهما المكاتب لا يتجزى فيعتق الكل فلذا يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا لم يذكر الخلاف في
هذه المسئلة بين ابي يوسف ومحمد رحمهما الله كما ذكر الخلاف في المسئلة المتقدمة وفي رواية الجامع
وفي الزيادات لم يذكر الخلاف ايضا فيكون هذه المسئلة المتأخرة على تلك الرواية ويحتمل
ان يكون قول محمد رحمه الله في تلك المسئلة خاصة ويفرق بينهما ووجه الفرق ان الاعتاق عندهما
لا يقبل الوصف بالتجزي فيثبت العتق في الكل والعتق ثابت في الكتابة ابتداء بعقد لا بخلاف
الاستيلاد لانه لا ينافي الكتابة ابتداء فلا ينافيها بقاء بالطريق الاولى كذا في الفوائد قوله
لانه ضمان اعتاق فيختلف باليسار والاعسار والقياس ان لا يختلف باليسار والاعسار
لانه ضمان اتلاف الا انا استحسنا وقلنا ان المعتق باشر السبب في العلة فيكون هذا
ضمان التسبب ينبني على صفة التعدي وفيما اذا كان المعتق موسرا لم يكن الاعتاق
لانه يتمكن من احراز الثواب بواسطة اعتاق عبد اخر فاذا اعتق المشترك يكون متعديا

فيما اذا كان معسرا لحصول الاحرار ثواب العتق بطريق آخر سوى هذا فلم يكن سعيا قوله لكن
نصيبه نصيب شريكه اي باعتاق المعتق نصيبه نصيب المدبر لانه كان قبل اعتاقه يملك
الاستخدام والاستغلال وكان لا يجبر على الاخراج الى العتق وبعد اعتاق المعتق يكون
المدبر مجبرا على الاخراج الى العتق يكون بمنزلة المكاتب ويكون مختصا باكسابه قوله البيع
واشباهه وهي الصدقة والهبة والارث والوصية ولا استخدام وامثاله وهي الاجارة
والاعارة والوطي ولا الاعتاق وتوابعه وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على
مال قوله وانما ضمنه لا يتملكه بالضمان لان هذا ضمان حيلولة لا ضمان عتق فانه
بالاعتاق ازال يد الاستخدام وغيره للمولى فصار بمنزلة الغاصب قوله كما اذا غصب مكاتبا
وابق (?) ضمن الغاصب بالقيمة لا يتملك الغاصب فاذا وجد الغاصب فله ان يستسعيه
قوله فاذا دبره لم يتوله خيار التضمين فان قيل بالتدبير انتقص قيمته فوجب ان يضمنه
ما بقي من قيمته ناقصا كما اذا سبق التدبير الاعتاق قلنا الاعتاق انما انعقد سببا للضمان
لان نصيب صاحبه كان قابلا للنقل من ملك الى ملك وباعتراض التدبير تعذر بقاء
سببية الضمان على هذا الوجه فبطل السببية اصلا الا ترى انه لو غصب مدبرا ثم ابق يضمنه
ولو غصب قنا فدبره المولى ثم ابق لا يضمن لتعذر بقاء السببية على هذا الوجه الذي انعقدت
باعتراض التدبير قوله بخلاف ما اذا سبق التدبير الاعتاق لان نصيب صاحبه وقت الاعتاق
لم يكن قابلا للنقل فامكن القول ببقاء السببية على الوجه الذي انعقدت

باب
موت المكاتب وعجزه وموت المولى قوله واذا عجز المكاتب عن نجم النجم هو الطالع ثم
سمي به الوقت ومنه قول الشافعي رح اقل التاجيل نجمان اي شهران ثم سمي به ما يؤدى من
الوظيفة ومنه حديث عمر رض انه حط من المكاتب اولا (?) والنجم حل عليه اي اول وظيفة من وظائف
بدل الكتابة ثم اشتقوا منه فقالوا نجم الدية اداها نجوما ومنه التنجيم لمن يشترط ودين
منجم جعل نجوما واصل هذا من نجوم الانواء لانهم كانوا لا يعرفون الحساب وانما يحفظون
اوقات السنة بالانواء قوله كما يمهل الخصم للدفع اي اذا توجه على الخصم الحكم وادعى الدفع
ببينة حاضرة فانه يمهل ثلاثة ايام والمديون للقضاء فانه اذا اقر بدين وسال ان يمهله ثلاثة
ايام ليحضر المال او يستوفي عينا في يده اجابه الى ذلك ولم يكن بذلك ممتنعا عن ادائه
لم يحبسه قوله لقول علي رض اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق علقه بهذا الشرط
والمعلق بالشرط عدم قبل الشرط ذكر فخر الاسلام رح علقه بهذا الشرط والمعلق بالشرط [illegible]
لا يترك عنه وجود لاحدها وهذا امر لا يعرف قياسا فصار المروي عنه كالمروي عن النبي
صلى الله عليه وسلم قوله والآثار متعارضة فان المروي عن ابن عمر رض ان مكاتبة له عجزت
عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها هذا جواب عما يسأل به ابو يوسف رح بقول علي رض

بان الآثار المروي عن ابن عمر رض فيما رضي على ما ذكرناه في الكتاب فسقط الاحتجاج بها اي بالآثار
للتعارض لان الحديثين اذا تعارضا وجهل تاريخهما تساقطا فيصار الى ما بعدهما من الحجة فبقي
ما قالا من الدليل ان سبب الفسخ قد تحقق لاخره سالما عن المعارضة فثبت الفسخ به او نقول
ان في حديث علي رض بيان ان حق الفسخ يثبت للمولى بكسر نجمين وليس فيه نفي حق الفسخ عند كسر
نجم واحد بل هو مسكوت عنه فيكون موقوفا الى قيام الدليل وهو ما روينا من حديث ابن
عمر رض فان ذلك كالمروي عن النبي صلى الله عليه وسلم لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على
السماع لانه لا يدرك بالقياس قوله فان احل نجم عند غير السلطان اي عند غير القاضي قوله و
لو لم يرض العبد به بدون القضاء بالفسخ وفي بعض الروايات ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط
رضاه كما اذا وجد المشتري عيبا قبل القبض فانه ينفرد المشتري بالفسخ وجه هذه الرواية ان
هذا عيب تمكن في احد العوضين قبل تمام العقدين لان تمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء
احكامه فيعتبر من هذا الوجه لما لو وجد المشتري عيبا قبل القبض وهناك ينفرد المشتري
بالفسخ ولا يحتاج الى قضاء القاضي فهنا كذلك وجه الرواية الاخرى ان هذا عيب
تمكن في احد العوضين بعد القبض لان المكاتب بعقد الكتابة صار في يده فاشبه من
هذا الوجه ما لو وجد المشتري بالمشترى عيبا بعد القبض وهناك المشتري لا ينفرد بالفسخ
كذا هنا قوله لانه كان موقوفا عليه اي على مولاه لانه انما ادى بدل الكتابة بكسبه المكاتب
ان عجز فالمولى قوله للوجه الاول لعدم المحلية وذلك لان الميت ليس بمحل للعتق ابتداء
في العتق من احداث قوة المالكية وذلك لا يتصور في الميت لا يجوز ان يستند بالعتق
الى حال حيوته لان المعلق بالشرط لا يسبق الشرط بل انما [illegible] حيوته اثبات العتق
المعلق بالشرط قبل وجود الشرط وهو الاداء قوله ولنا انه عقد معاوضة احترازا عن
النكاح والوكالة وذلك لانه يثبت للمكاتب مالكية اليد وللمولى المطالبة ببدل الكتابة
فقضية المعاوضة المساواة فلا تنفسخ الكتابة بموت المولى فكذا بموت المكاتب قوله والموت
انفى للمالكية منه للمملوكية عبارة عن المقهورية والمقدورية والمالكية عبارة عن القادرية
والقاهرية ولهذا يوصف الجماد بكونه مملوكا ولا يوصف بكونه مالكا والموت انفى للقادرية
والقاهرية منه للمقدورية والمقهورية فاذا جاز ابقاء العقد مع اقوى المنافيين لادنى
الحاجتين فلان يبقى العقد مع ادنى المنافيين لاعلى الحاجتين اولى واحرى ولما ذكره
الشافعي رح من التردد بقولنا انه يعتق بعد الموت [illegible] العوض بان يقدر حيا قابلا
للعتق كما يقدر المولى حيا ومالكا ومعتقا في فصل موت المولى فهذا قدرنا الميت بعد موته
حيا ومالكا لا قواله فيما يحتاج الى قضاء دينه وتنفيذ وصيته والجمهور على انه يعتق في آخر
جزء من اجزاء حيوته اما لان سبب الاداء وجد قبل الموت فيستند الاداء اليه فيجعل اداء

Copyright © King Saud University

خلفه كالدائن بنفسه **فان قيل** الاداء فعل حسي والاسناد انما يكون في التصرفات الشرعية **قلنا** نعم
لكن فعل النائب يضاف الى المنوب في هذه الاضافة شرعية الا ترى ان من رمى صيدا فمات قبل
ان يصيبه ثم اصابه وملكه لورثته والميت ليس باهل للملك ولكن الرامي السبب والملك
يجب بعد تمام السبب تمام بالاصابة وهو ليس باهل له فيثبت الملك من حين الامكان وهو
اخر جزء من اجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق مرتب
على الاداء والاداء جائز بعد الموت فالحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت
كالملك ثم حكمنا بعتقه في اخر جزء من اجزاء حياته واما ان يقام الترك الموجود منه في
اخر حياته مقام التخلية بين الملك وبين المولى فهو الاداء المستحق عليه **قوله** باسناد بسبب
الاداء اي بسبب هو الاداء **قوله** لان الولد داخل في كتابته هذا الكلام يقتضي ان لا يعتق الولد
المشترى لان اعتقه لمعنى اخر وهو ان من حكم المكاتب ان يعتق جميع اجزائه فلذلك يعتق الا ان
الحالي لحقيقة المعتق العاقد فقدر الامكان **قوله** بخلاف سائر اكسابه فان المولى لا يتصرف فيه
في اكساب المكاتب ولهذا لا يتقدم على اعتاق عبد المكاتب **قوله** وكذلك اذا كان هو وابنه مكاتبين
كتابة واحدة اي جملة اسم وقيد بقوله كتابة احترازا عما لو كانا مكاتبين كل واحد منهما بعقد على
حدة لان الولد انما كان تبعا بكتابته فاذا هلك بعد الموت قبل قضاء مكاتبته او بعده لم يرثه
لانه متعلقا بالكتابة وانما يعتق من وقت اداء البدل مقصودا عليه لان الاسناد للضرورة ولا ضرورة
في حقهما فان لم يترك شيئا فكان عبدا عند موت ابيه ولهذا لا يرثه **قوله** وان كان كبيرا لا
جعلا كشخص واحد لاتحاد عقد الكتابة وهذا لان الكتابة لما كانت واحدة وهو جملة واحدة
فانهما يعتقان معا ان اديا ويردان معا في الرق ان لم يؤديا وقد حكم بعتق العبد في اخر جزء من
اجزاء حياته فيعتق الابن معه في تلك الحالة ضرورة لذلك **قوله** وان مات وله ولد من حرة
الى ان يعتقه وترك دينا وفي بمكاتبته فجني بالدين لانه لو ترك عينا لا يتأتى القضاء بالالحاق
بالام اذ لا يمكن الوفاء في الحال **قوله** وان اختصم موالي الام يعني اختصموا بعد موت الولد في
الدية ما لو لم يقتل اداء بدل الكتابة فقضى القاضي بالولاء لقوم الام يكون قضاء بعجز المكاتب في
موته عبدا لان من ضرورة كون الولاء لقوم الام موت المكاتب عبدا لانه لو مات حرا لا
يجر الولاء اليه من قوم الام **قوله** لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا احترازا عن المسألة
الاولى فان القضاء بالارش على قوم الام لا يكون قضاء لهم بالولاء الذي ينبني على بقاء الكتابة
وانتقاضها ولا يكون القضاء بالارش على قوم الام منافيا لبقاء الكتابة في الاصل هذا يزيد
حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بموالي الام وايجاب العقل عليهم لكن هذا على احتمال
ان يعتق الاب فينتقل الولاء ويوجب الجناية الى قوم الاب فلا يكون القضاء بالارش على قوم
الاب قضاء بفسخ الكتابة ولان القضاء بالارش عليهم ثم يكون تجهة احتياج الى الكالة كالكفالة

ونحوها

ونحوها فلم يكن قضاء بموت الاب عبدا وفي المسألة الثانية الاختلاف وقع في الولاء مقصودا
وذا يبتني على بقاء الكتابة وانتقاضها فكان هذا قضاء بعجز المكاتب فهذا القضاء يتضمن
فسخ الكتابة فانها لو لم تنفسخ وخرج الدين واديت الكتابة يرجع عاقلة الاب بالميراث على
عاقلة الام فينتقض القضاء بالميراث فقلنا بانتقاضها صيانة للقضاء عن النقض **قوله** وهذا
فصل مجتهد فيه فان الاختلاف بين موالي الاب وموالي الام في الحقيقة راجع الى قيام الكتابة و
انتقاضها عند موت المكاتب عن وفاء فموالي الام زعموا انه مات عبدا انفسخت الكتابة بموته
فصار ولاء الولد لهم لا يتحول عنهم وهو قول بعض الصحابة رض وموالي الاب يزعمون ان الكتابة لم تنفسخ
بموته عن وفاء فيؤدى الكتابة حتى يعتق وينتقل الولاء اليهم وهو قول بعض الصحابة رض واذا
القاضي بالولاء لموالي الام كان قضاء في فصل مجتهد فيه فينفذ بالاجماع وصيانة قضاء عن النقض
عليه اي على انفساخ الكتابة اختلف الصحابة في بقائها هذا اذا مات المكاتب عن وفاء واما
اذا مات لا عن وفاء قال بعضهم ينفسخ حتى لو تطوع انسان ببدل الكتابة لا يقبل منه وقيل
خلافه **قوله** ليتبدل الملك فان العبد تملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق **فان قيل** لان
ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك **قلنا** ملك الرقبة للمولى كان متحققا في
مقابلة ملك اليد للمكاتب حتى لم يكن التصرف للمكاتب للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه عن
التصرف في ملكه وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب للمولى وكان للمكاتب ان يمنعه عن التصرف
في ملكه وهذا آية كمال ملك اليد للمكاتب ونقصان ملك الرقبة للمولى فالمكاتب هو الذي
يتصرف فيه تصرف الملاك لا المولى فاذا عجز انقلب الامر وليس هو الا تبدل الملك للمولى **قوله** في
حديث بريرة رض فانها اهديت لرسول الله صلى الله عليه وسلم مما اخذت من الصدقات
فقال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية **قوله** وهذا عند محمد رح ظاهر لان بالعجز
عنده يتبدل الملك لان المكاتب اذا عجز فالمولى يملك اكسابه ملكا مبتدأ حتى لو احبلها المكاتب
استيلادها ثم عجز بطل الاستيلاد عند محمد رح لزوالها عن ملك الآخر وكذلك عند ابي يوسف رح
وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى فان المولى في كسب المكاتب يخلفه ملكه فبالعجز يتقرر ذلك
فكذا لا انه لا خبث في نفس الصدقة انما الخبث في اخذها لكونه اذلالا مع القدرة ومع زيادة
الشرف في الكرامة لان بالصدقة يسقط الذنوب من المتصدق فيصير المتصدق عليه
كالآلة للمتصدق في حق سقوط الذنوب عنه ولهذا ليس للمسلم ان يسأل الناس الا عند الحاجة والضرورة
فلهذا احل للفقير ولا يحل للهاشمي وان كان محتاجا لشرفه لزيادة حرمته وشرف النسب
والاخلاص لم يوجد من المولى وعلى هذا اذا استغنى الفقير وبقي شيء من الصدقة في يده او وصل
ابن السبيل الى وطنه وفي يده فضل من الصدقة او عتق المكاتب وفي يده شيء من الصدقة
تطيب لهم وفي الاوضح ما بقي في يد المكاتب بعد العجز من الصدقات لا يطيب للمولى عنده

Copyright © King Saud University

ابن سوديه لانه لم يتجدد للملك للمولى عنه قوله وكذلك اذا دخل في الكتابة ثم لم يقض به حتى عجز
اي فانه يبيع او يفديه قوله وان قضي به عليه في كتابته اي ان قضي موجب الجناية على المكاتب في حال
كتابته فهو دين اي قيمته قيمة المكاتب دين على المكاتب قوله ولنا ان المانع قابل للزوال للتردد في الحال
لاحتمال انفساخ الكتابة ولم يثبت الانتقال في الحال اي من الرقبة الى القيمة بل توقف على القضاء
او الرضاء وحاصله ان جناية المكاتب عندنا لا تصير الا بالقضاء او رضاء او بالموت عن
وفاء وعند زفر رحمه تصير الا في الحال لان المانع من الدفع قائم وقت الجناية وهو الكتابة فوجب
ان تصير موجبه القيمة بنفس الوقوع كجناية المدبر وام الولد ولنا ان الاصل في جنايات العبد وجوب
الدفع الا ان تعذر التسليم لوجود المانع عن الانتقال من ملك الى ملك والمانع ههنا قابل
للفسخ والزوال فلما كان المانع مترددا لم يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء او الرضاء
قوله وسبب حقه لموت حقه اي الكتابة سبب الحرية والحرية حقه والكتابة سبب الحرية وسبب حق
المرء حقه فيكون الكتابة حقه والحق لا يبطل بالموت كما اذا كان له دين على آخر قوله الا ان
الورثة يخلفونه اي بهذا القيد لا بغير الحق كما اذا كان له دين على رجل فمات وله بنون فانهم
يخلفونه في الاستيفاء ويبرأ مما اداه اليهم حسب جناية اذا ادى اليه المورث قوله لا يصير ابرأ عن
نصيبهم لانه لم يوجد الابراء نصا وانما جعلنا اعتاق الكل ابراء عن كل البدل اقتضاء تصحيحا لاعتاقهم
فانهم لا يملكون اعتاق المكاتب الا في ضمن ابرائه عن كل بدل الكتابة ومن ضرورة ثبوت العتق
بخلاف ما اذا اعتقه احد الورثة فانا لو جعلناه ابراء عن بعض بدل الكتابة بطريق الاقتضاء لم
يلزم من ذلك ثبوت العتق له في كله ولا في جزئه فالحاصل ان المقتضي ما لم يكن مذكورا يقدر
مذكورا لتصحيح المذكور شرعا كاعتاق جميع الورثة للمكاتب ممكن تصحيحه بثبوت الابراء
عن جميع بدل الكتابة اذ هو حقهم وقد جرى فيه الارث فكانوا لا يملكون رقبة المالك
ان ثبت بطريق الاقتضاء وانتفى المقتضي فاما البراءة عن بعض بدل الكتابة لا يصح ان يثبت
مقتضى اعتاق بعض الورثة لان البراءة عن بعض بدل الكتابة لا يكون مقتضيا للعتق اذ
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فلا يثبت البراءة عن بدل الكتابة باعتاق بعض الورثة لا
نصا ولا اقتضاء

كتاب الولاء

كتاب الولاء

هو من الولي بمعنى القرب يقال بينهما ولاء
اي قرابة ومنه قوله عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب اي وصلة كوصلة النسب قوله الولاء
نوعان اي الولاء المستعمل في الشرع وهو الذي يقع به التناصر نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء
نعمة قال الله تعالى واذ تقول للذي انعم الله عليه وانعمت عليه اي انعم الله عليه بالاسلام و
انعمت عليه بالعتق قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح هذا احتراز عن قول اكثر اصحابنا
فانهم يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق واستدلوا بقوله عليه السلام الولاء لمن اعتق وكنه
ضعيف فان من ورث قريبه يعتق عليه كان معتقه ولا اعتاق ههنا ولا صح ان سببه العتق

على ملكه

على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاقة كذا في المبسوط قوله وتقدا حياه معنى لان الاعتاق
الرق اثر الكفر والكفر موت حكمي لا ترى الى قوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه
فكان في معنى الولاء من حيث انه سبب حيوة الولد انما هو الوالد فيتركه فان قيل ينبغي
ان يرث المعتق من المولى ايضا اذا لم يكن للمولى عصبة نسبية كما هو قول البعض وهو قول الحسن
بن زياد رحمه قلنا المعتق اجنبي عنه وقد جاء في المعتق نص مخالف للقياس فلا يقاس عليه غيره
قوله فان شرطا سائبة اي لا ولاء بينه وبين معتقه من بيان ان عجقي مذهب
كل اي اعتق بغير عبد ولا بشرط الولاء يثبت فالشرط باطل قوله واذا ادى المكاتب عتق و
ولاءه للمولى لان سبب الولاء العتق على الملك وقد عتق على ملكه اذ المكاتب لا يورث وكذلك
المدبر لا يورث فيعتق على ملكه ايضا قوله لانه عتق على معتق الام مقصودا او انما قلنا انه
صار معتقا مقصودا لان الجنين جزء من الام والمولى اوقع العتق على جميع اجزائها مقصودا
فيكون معتقا الجنين الذي هو جزءها مقصودا ايضا كذا ذكره شيخ الاسلام ره قوله او
ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر اي بيوم مثلا والاخر بعدها قوله لان الجنين
غير قابل لهذا الولاء مقصودا بخلاف ولاء العتاقة فان الجنين يصير معتقا مقصودا بالاتفاق
لانه محل لاضافة العتق اليه وبعد ما صار معتقا لا يمكن ان يجعل تابعا لغيره في الولاء واما
ههنا فالجنين ليس محل لعقد الولاء عليه لانه تمام بالايجاب في القبول وليس للحمل ولاية
الايجاب والقبول عليه فكان تابعا في الولاء قوله فيجعل تابعا للاب لان الاب هو الاصل في
الولاء لكونه بمنزلة النسب قوله بخلاف ما اذا اعتقت المعتدة عن موت وطلاق فجاءت
بولد لاقل من سنتين والصحيح من الرواية لاقل من ستة اشهر بدليل قوله بعد الطلاق
الرجعي لما انه يصير مراجعا وقد مر في كتاب الطلاق ان المعتدة من الطلاق الرجعي اذا
جاءت بولد من سنتين يكون ذلك رجعة لتيقنا بالعلوق بعد الطلاق وان جاءت بولد
لاقل من سنتين لا يكون رجعة بالشك لانه لو حمل على وطيه في العدة يصير مراجعا ولو
حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا ولو حمل على ما قبل الطلاق لا يصير مراجعا والمراجعة
لم يكن فلا يثبت بالشك قوله وان اعتق لانه تعذر اضافة العلوق الى ما بعد العتق ضرورة
في فصل المعتدة انه كان مكاتبا مات عن وفاء او ولد مولود في الكتابة وفي الكافي وما وقع
في نسخ الهداية فجاءت بولد لاكثر من سنتين لا يكاد يصح والصحيح ما ذكر في شرح الطحاوي
لاقل من سنتين وعليه يدل التعليل المذكور فيها فالغلط وقع من الكاتب قوله وكانوا
محجوبين على ذلك اي يوم لا كانوا محجوبين على اداء الارث فلا يكونون منتزعين عنه
ذلك فلذلك يحجبون قوله ومن تزوج من العجم معتقة من العرب العجم جمع العجمي وهو
خلاف العربي وان كان فصيحا [illegible] المسلم ان الحر العجمي الذي ليس معتقا لاحد سواء كان

Copyright © King Saud University

والاسفل لا احدا ولم يكن كذا في الزاد وشرح الاقطع وفي الفوائد هذه المسئلة على نحو ان زوجت
نفسها من عجمي فولدت الاولاد تقوم الابنة فقيل لان الشرف بالنسب في العرب اقوى وان زوجت نفسها
من عجمي له اباء في الاسلام فولد الاولاد تقوم الابنة عنه لانه ليس معلوم بلا ريب على قولها اختلف
المشايخ حكي عن ابي بكر الاعمش وابي بكر الصفار انه تقوم الابنة وقال غيرهما تقوم الاب وان زوجت
نفسها من رجل اسلم من اهل الحرب ما له احدا ولم يوالي احدا في مسئلة الكتاب اما ان زوجت نفسها من
عبد او مكاتب فولدت الولد فهو موالي للام اجماعا الا اذا اعتق العبد فيجر الولاء **قوله** وولاء العتاقة قوي
معتبر وفي الولاء المبسوط ولاء العتاقة معتبر في حق الاحكام من حيث الكفاءة ومن حيث انه يقدم
على ذوي الارحام ومن حيث انه لا يقبل الفسخ بعد الوقوع وفي الموالات تنعكس هذه الاحكام وهذا
الفقه وهو ان الحرية والنسب في حق العجم ضعيف بدليل ان حريتهم تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف
حرية العرب وكذا العجم ضيعوا انسابهم الا ترى انه تفاخرهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعد
الاسلام بالاسلام فاذا ثبت الضعف في جانب الابكان هو والعبد سواء **قوله** نبطي كافر
تزوج بمعتقة نبطي رجل من الناس بسواد العراق كذا في المغرب المراد بالمعتقة كافرة معتقة
لتصور المسئلة اذ المسلمة لا تكون تحت الكافر بعقد النكاح وغير الكتابية من الكفار لا يجوز
ان يبقى نكاحها بعد اسلام الزوج كذا ذكره الجاربردي في فوائده **قوله** وصار كالمولود بين
واحد من الموالي وبين العربية وهما فرقا ان العربية لم يجر عليها نعمة العتاق وهي هذا ه
ان الام اذا كانت معتقة فالولد ينسب الى قومها بالولاء والنسبة بالولاء فهي معتبرة شرعا
واذا كانت عربية فلو انتسب الولد الى قومها انما ينسب بالنسب الا انتساب النسب الى الام ضعيف
جدا فلذلك بواسطة الام الى ابيها حتى يستحق العصوبة بمثل هذا النسب كذا في المبسوط **قوله**
هم اخوانكم في الدين قال الله تعالى فاخوانكم في الدين ومواليكم فان شكرت بالمجازات على
ما صنع اليك فهو خير له لانه اتى بما ندب اليه في الشرع قال عليه السلام من انزلت عليه
نعمة فليشكرها وشر لك لانه يصل اليك بعض الجزاء في الدنيا فينتقص بقدره من ثوابك
في الاخرة وان كفرته فهو خير لك لانه يبقى ثواب العمل كله لك في الاخرة وشر له لان كفران
النعمة مذموم قال عليه السلام من لم يشكر الناس لم يشكر الله **قوله** يقدم على ذوي الارحام وان
النبي عليه السلام قدمه على الرد حيث اعطى بنت حمزة نصفها وما بعد النصف في على بنت الميت والرد مقدم
على ذوي الارحام **قوله** بدليل الحديث الثاني فهو توريث بنت حمزة على سبيل العصوبة مع
قيام بنت المعتق **قوله** وتاويله يعني تاويل قوله مولى القوم ان لا يكون للمعتق عصبة من النسب
ولا صاحب فرض في حال اي حال الفرض لا عين لما اذا كان صاحب فرض له حال التعصيب لمعتق
لا يشغل المعتق ولو كان صاحب فرض فله الباقي بعد فرضه لانه عصبة **قوله** نسبا النسب
اي القبيلة هو منسوب اليها **قوله** وصورة الجر ثم ها هنا وهي ما ذكر من قوله فان ولدت بعد

عتقها

عتقها لاكثر من ستة اشهر الى ان قال لجر الاب ولاء ابنه وصورة جر ولاء معتقين تزوج عبد
امراة باذنها معتقة قوم فولدت منه فولاء الولد يكون لموالي الام فلو ان المراة اعتقت هذا
العبد جر العبد ولاء الولد الى نفسه وجرت هي ذلك الى نفسها وصورة جر ولاء معتق المعتق
امراة اشترت عبدا واعتقته ثم ان هذا العبد اشترى عبدا ثم ان العبد الثاني تزوج معتقة
قوم فولدت منه ولدا فولاء الولد لموالي الام فلو ان المعتق اعتق هذا العبد جر ولاء الولد ثم جر
المعتق الاول ذلك الى نفسه ثم جرت المراة ذلك الى نفسها **قوله** بخلاف النسب لا ينسب الولد
الى الام يعني ان ولاء العتاقة يثبت من جانب النساء ولا يثبت النسب من جانب النساء وجه
الفرق ان سبب النسبة بالولاء احداث قوة المالكية بالعتق وقد يتحقق ذلك منها كما يتحقق من
الرجل بخلاف النسب فان سببه الفراش وصاحب الفراش هو الرجل لا المراة لانها مملوكة فلا يعارض
المالك في استحقاق النسب واما الرجل والمراة في نسبة المعتق على السواء لان الولاء لا يورث
اي لا يجري فيه الارث لانه لو كان استحقاق المال فيه بالارث لكان للذكر مثل حظ الانثيين كما
في سائر المواريث ولكن لا يجري فيه الخلافة والخلافة انما يتحقق لمن يتحقق به النصرة والنصرة انما
يكون بالابن دون الابنة الا ترى ان النساء لا يدخلن في العاقلة عند تحمل الدية لعدم النصرة
منهن وعن شريح ره انه يورث كالمال الموروث بطريق الفرض والتعصيب وبه قال الشافعي
ره فائدته تظهر ان ميراث المعتق بالولاء يكون لابن المعتق دون ابنته عندنا وعنده بينهما
للذكر مثل حظ الانثيين لانه اثر من اثار الملك فكانه يزول بالعتق بعض الملك ويبقى بعضه
لكنه ضعيف لان النبي صلى الله عليه وسلم قال الولاء لحمة كلحمة النسب ولان ثبوت الولاء للمعتق
باحداث قوة المالكية في المعتق ونفي المملوكية عنه فكيف يكون الولاء جزء من الملك كذا في المبسوط
قوله حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا انه اقرب في العصوبة الا ان عقل جناية المعتق على اخيها لان
الميراث بالعصوبة والابن اقرب العصبات اما عاقلة المعتق بمنزلة لمولاه واخوها من قبيلتها
لانه من قوم ابيها فاما ابنها ليس من قوم ابيها **قوله** لان الولاء للكبر اي لاكبر اولاد المعتق والمراد
اقربهم نسبا لا اكبرهم سنا كذا في المغرب **فصل** في ولاء الموالات صورته ان يقول مجهول
النسب الذي اسلم على يديه او غيره واليتك على اني ان مت فميراثي لك وان جنيت فعقلي عليك
وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه ويكون القابل مولى له يرثه اذا مات ويعقل عنه اذا جنى وله
شرائط منها ان لا يكون المولى من عرب العرب لان العربي نصرة بنفسه اي قبيلته وبذلك كان
نصرة الموالات عنها مستغنى ومنها ان يشترط الميراث والعقل ومنها ان لا يكون لم يعقل عنه غيره
ومنها الاسلام على يده عند البعض والصحيح ان ذا ليس بشرط **قوله** فميراثه للمولى على المولى
الاعلى لما اذا مات الاسفل ولا عاقل فميراثه لاقرب الناس من عصبته الى الاعلى كما في ولاء
العتاقة كذا في الذخيرة **قوله** وقال الشافعي ره الموالات ليس بشيء موجبا للارث والعقل

Copyright © King Saud University

قوله ولما قوله تعالى والذين عقدت ايمانكم فاتوهم نصيبهم يعني نصيبهم من الميراث والمراد عقد الموالاة
بدليل ما سبق في ولكل جعلنا موالي مما ترك الوالدان والاقربون فكان المراد من قوله فاتوهم النصيب
على سبيل الاستحقاق اذ لا على سبيل الغرم والابتداء وكذلك المراد بما جعل معطوفا عليه
لان حكم المعطوف حكم المعطوف عليه وليس المراد بقوله عقدت ايمانكم القسم بل المراد الصفقة
فان العادة ان المتعاقدين ياخذ كل واحد منهما بيمين صاحبه اذا عاقده ويسمى العقد صفقة
لهذا وذكر في المبسوط الكبير ان الله جعل ولاء الموالاة سببا للتوارث مطلقا من غير فصل
بين ان يكون للمتعاقد وارث اخر اولم يكن الا انه نسخ في حق من كان له وارث اخر بقوله تعالى واولوا
الارحام بعضهم اولى ببعض ولا ناسخ في حق من لا وارث له فبقي على ما اقتضاه ظاهر الاية قوله في
الحالين جانبين اي في حياته عقلا وفي مماته ارثا قوله ولا بد من شرط العقل والارث لان عقد
الموالاة يقع على ذلك فلا بد من ذكره ولو شرطا الارث من الجانبين كان كذلك فهو يرث
من الجانبين بخلاف ولاء العتاقة فانه يرث الاعلى من الاسفل ولا يرث الاسفل من الاعلى
لان سببه الاحياء وذا وجد من الاعلى في حق الاسفل ولم يوجد من الاسفل في حق الاعلى وفي
هذا السبب هو العقد والشرط على الوجه الذي وجد الشرط يثبت الحكم قوله لان تناصرهم
بالقبائل فان قيل التناصر حكمة لا يراعى في كل فرد وانما تراعى في الجنس كما في الاستبراء فان الحكمة
فيه فراغ الرحم وانها تعتبر في الجملة لا في كل فرد حتى وجب الاستبراء فيمن اشتراها من امراة او اشترى
انه صغيرة قلنا التناصر علة لا حكمة فان قيل العلة لا بد ان يكون موجودة والتناصر قد يوجد
وقد لا يوجد قلنا يكون موجودا لا محالة تحقيقا او تقديرا لقيام سببه قوله الا انه يشترط
في هذا اي فسخ عقد الموالاة قوله كما في عزل الوكيل قصدا اي عزل الوكيل قصدا لا يجوز بدون
علمه ويجوز ضمنا فكذا للمولى الاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من الاول في ضمن عقد الولاء
مع غيره ولكن ليس للاعلى ولا للاسفل ان يفسخ الولاء بغير محضر من صاحبه قصدا كما لا
يكون للموكل عزل وكيله بغير علمه قصدا فان قيل فلم لا يجعل صحة انعقاد العقد مع الثاني
موجبا فسخ الاول لان الولاء كالنسب والنسب ما دام ثابتا من انسان لا يتصور ثبوته من
غيره فكذا الولاء فقلنا ان من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الاول قوله
وكذا لا يتحول ولده اي لا يتحول ولد الموالي عن المولى الاعلى لان ولاء الاب تاكد بعقل الجناية
وتاكد التبع تاكد الاصل فكما ليس للاب ان يتحول عنه بعدما عقل جنايته فكذا ليس لولده اذا
كبر

كتاب الاكراه

هو في اللغة مصدر اكرهه اذا حمله على امر يكرهه ولا يريده والكره
بالفتح اسم منه وفي الشرع اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه او يفسد به اختياره
اذا كان ملجيا او لا يعدمه ولا يعدم به اهلية المكره ولا يسقط عنه الخطاب لان المكره مبتلى
ولا ابتلاء يتحقق الا بتردد بين فرض وحظر ورخصة ويأثم مرة ويؤجر اخرى

وهو

وهو آية الخطاب في المبسوط ثم في الاكراه يعتبر معنى في المكره ومعنى في المكره ومعنى فيما اكره
عليه ومعنى فيما اكره به فالمعتبر في المكره تمكنه من ايقاع ما هدده به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك
فاكراهه هذيان وفي المكره ان يكون خائفا على نفسه من جهة المكره في ايقاع ما هدده به عاجلا
لانه لا يصير ملجئا محمولا طبعا الا بذلك وفيما اكره به ان يكون متلفا او مزمنا او متلفا عضوا او
موجبا غما ينعدم به الرضاء باعتباره وفيما اكره عليه ان يكون المكره ممتنعا عنه قبل الاكراه اما
لحقه او لحق ادمي اخر او لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال يختلف الحكم والاصل ان
تصرفات المكره قولا منعقدة عندنا الا ان ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ وما لا
يحتمل الفسخ منه كالطلاق والعتاق والنكاح والتدبير والاستيلاد فهو لازم فاذا عرف هذا
فنقول اذا اكره على بيع ماله او شراء سلعة او على ان يقر لرجل بالف او يواجر داره واكره على
ذلك بالقتل او الضرب الشديد او بالحبس اي المديد منه فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع وان
شاء فسخ ورجع بالمبيع لان الاكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضاء والرضاء شرط صحة
هذه العقود قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض فان قيل الاية تدل على ان التجارة
بدون الرضاء لكن مطلق قوله احل الله البيع يوجب جواز البيع وان انعدم التراضي قلنا
البيع لغة مبادلة المال بالمال بالتراضي والاصل ان يرد الشرع على وفاق الحقيقة والاية مخصوص
تخصيص بدون الرضاء فان قيل هذا بمنزلة الشرط والشرط يقتضي الوجود عند وجوده
لا يقتضي العدم عند عدمه كما في قوله تعالى من فتياتكم المؤمنات قلنا اول الاية لا تاكلوا اموالكم
بينكم بالباطل واستثنى منه التجارة بالتراضي فيبقى غيره في صدر الكلام توضيحه ان المستثنى
لما كان بصفة التراضي يكون المستثنى منه بخلاف التراضي وهو الكره وهذا كقوله عليه السلام
لا تبيعوا الطعام بالطعام الا سواء بسواء وفي المبسوط والحد في الحبس الذي هو الاكراه
ما يجيء الاغتمام به وفي الضرب الذي هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد
لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالراي لا يكون ولكن ذلك على قدر ما يرى الحاكم
اذا رفع ذلك فيما دانه اكراه ابطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف احوال الناس
قوله ولنا ان ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من اهله لكونه مكلفا في محله اذ المحل
هو مال والفساد لفقد شرطه وهو التراضي اذ التراضي من شرط الجواز فصار كالعقد كما في
الربويات فان المساواة في الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدم المساواة ينعقد
العقد ويثبت الملك للمشتري بالقبض فهنا مثله فان قيل لو كان بمنزلة البيع الفاسد يجب
ان لا يعود جائزا في الاحوال كلها كما لو باع درهما بدرهمين واسقطاه قلنا بيع المكره يشبه
البيع الموقوف من حيث توقفه على اجازة المالك والبيع الفاسد من حيث انه صدر عن
المالك مع عدم شرط جوازه فمن حيث انه يشبه البيع الموقوف فهو اي يتوقف على اجازة المالك

Copyright © King Saud University

بيعه جائزا ومن حيث انه يشبه الفاسد يفيد الملك بعد القبض عملا بالشبهين وانما عملنا على هذا
الوجه لان الناس اظهروا انه يشبه الموقوف في حق الملك فلم يوجب الملك بعد القبض لا يبقى يشبه
الفاسد فيه فيعطل العمل بالشبهين **فان قيل** بيع المكره دون البيع بشرط الخيار فان البايع
رضى بالسبب دون وصفه وهو اللزوم وههنا البايع غير راضٍ باصل السبب **قلنا** البايع بشرط
الخيار غير راضٍ بالسبب في الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاه قبل الشرط فكان اضعف من
بيع المكره لان المكره راضٍ بالبيع لدفع الشر عن نفسه غير راضٍ بحكم السبب في هذا الاثر في
الشرع واختاره اهون الامرين فكان قاصدا مختارا لكن لا يعتبر بل لدفع الشر عن نفسه **قوله** ومن
جعل البيع الجائز المعتاد اي بيع يتعاقدونه بحاجتهم بين بيع الوفاء وهو ان يقول البايع للمشتري
بعت منك هذا الشيء بمالك علي من الدين على اني متى قضيت الدين فهو لي **قوله** ومنهم من جعل
رهنا لقصد المتعاقدين لان المتعاقدين وان سمياه بيعا ولكن غرضهما الرهن والعبرة في
العقود للمعاني فالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ان لا يبرأ كفالة
وهبة الحرة نفسها بتسمية المهر نكاح والاعارة باجر اجارة ولما كان هذا كالرهن في يد
المرتهن لا يملكه المرتهن ولا يطلق له الانتفاع الا باذن مالكه وهو ضامن لما اكل من ثمره
واستهلك من عينه والدين ساقط بهلاكه في يده اذا كان به وفاء بالدين ولا ضمان عليه
في الزيادة اذا هلك من غير صنعه وللبايع استرداده اذا قضى دينه ولا فرق عندنا بينه
وبين الرهن في حكم من الاحكام وكان السيد الامام ابو شجاع رح على هذا وافتى
بيبه عند سوتر بهذا وحين تقدم القاضي الامام ابو علي السغدي رح من بخارا الى سمرقند
واستغنى بهذا المكتبات انه رهن وليس ببيع ففرح السيد الامام بجوابه فقرر سواه وكان
لا يجد لقيهم في زمانهم الا بعض الشبان فكان ضعيفا وسئل القاضي الامام الحسن الماتريدي
رح عمن باع داره من آخر بثمن معلوم بيع الوفاء وتقابضا ثم استاجرها من المشتري
مع شرائط صحة الاجارة وقبضها ومضت المدة هل يلزمه الاجرة فقال لا لانه عندنا
رهن والراهن اذا استاجر من المرتهن لا يجب عليه الاجرة لهذه الاجارة فكذا هذا ثم
من جعل بيع الوفاء بمنزلة بيع المكره الصدر الشهيد رح تاج الاسلام والامام ظهير الدين
الصدر الشهيد حسام الدين رح لان الفساد باعتبار فوت الرضى فصار كبيع المكره في
من جعله باطلا يعتبره بالهازل ثم اذا تواضعا على الهزل باصله ثم اتفقا على البناء فانه
البيع ينعقد لان الهازل مختار راضٍ بمباشرة السبب لكنه غير راضٍ ولا مختار لحكمه فكان
الشرط فانعقد العقد فاسدا غير موجب للملك كخيار التابعين ابراد وبشائخ سمرقند
رح جعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض الملك وهو الانتفاع دون البيع وهو البيع لحاجة
الناس اليه وفي الكافي النسفي رح والصحيح ان العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا

يكن

يكون رهنا ثم ينظر ان ذكر الشرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكر ذلك في البيع وتلفظا
بلفظ البيع بشرط الوفاء او بلفظ البيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير
لازم فكذلك وان ذكر البيع من غير شرط ثم ذكر الشرط على وجه الميعاد جاز البيع ويلزم
الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس **قوله** وفي
البيع بالعقد على ما هو الاصل يريد به ان الاصل في البيع ان يتعلق الاستحقاق به من غير
توقف على القبض والاجازة من العوارض فلم يكن الاكراه على البيع اكراها على
الدفع فكان الدفع عن اختيار منه وذا دليل الاجازة اما الهبة في اصل الوضع فلا يتعلق
بها الاستحقاق من غير قبض فكان الاكراه على السبب الهبة اكراها على الدفع نظرا الى مقصود
المكره وهو حمله على شيء يتعلق به الاستحقاق واذا لزم الملك يستفيد به لا صورة العقد **قوله**
وان قبضه مكرها الى آخره فقبض الثمن مكرها فلا يكون للاجازة وعليه رده ان كان قائما في يده
لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لان الثمن كان امانة عند المكره لانه
اخذها باذن المشتري والقبض متى كان باذن المالك فانما يجب الضمان اذا قبضه للتملك
وهو لم يقبضه للتملك لانه مكره على قبضه فكان امانة **قوله** لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف
وان لم يصلح آلة له من حيث انه كلام لان التكلم بلسان الغير لا يصح فلو ضمن المكره رجع
بالقيمة لقيامه مقام البايع باداء الضمان لان المضمون له يصير ملكا للضامن ويجب
الضمان **قوله** وان ضمن المشتري اي احد المشترين نفذ كل شراء كان بعد شرائه لانه ملكه
باداء الضمان فظهر انه باع ملك نفسه ولا ينفذ ما كان قبله لان استناد ملك المشتري
الى وقت قبضه بخلاف ما اذا اجاز المالك المكره عقدا منها فانه ينفذ ما قبله وما بعده لان
المانع من النفاذ حقه وقد سقط حقه فيعود الكل جائزا وبخلاف ما اذا اجاز المالك
في بيع الفضولي لاحد من الاشترية حيث يجوز ما اجازه خاصة لانه باع كل واحد منهم ملك
غيره وقد صار لواحد منهم ملك بات بالاجازة فابطل الملك الموقوف لغيره وههنا كل
واحد باع ملكا اذ بيع المكره مفيد للملك عند القبض والمانع من نفوذ الكل حق استرداد
المالك فاذا اسقط حقه نفذ الكل **فصل** وعن ابي يوسف رح انه لا يأثم لانه رخصة
اذا الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة والاصل عندنا ابي يوسف رح ان الاثم ينتفي عن المضطر
ولا ينكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال
فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفتها
ميتة او خمر وبالضرورة لا يزول ذلك فاذا امتنع كان امتناعه عن تناول الحرام فلا يأثم بالعزيمة
وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا يتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله وقد فصل لكم
ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه فاما ان يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد

كان مباحا قبل العجز ينبغي على ما كان في حالة الضرورة او يقال الاستثناء من التحريم اباحة
اذا ثبتت الاباحة في حالة الضرورة لم يكن رخصة فكان الامتناع من التناول حتى تلف
كالامتناع من تناول الطعام حتى تلف كالامتناع من تناول الطعام الحلال حتى تلف فيأثم
الا انه يأثم اذا علم الاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء لمكان الاجتهاد
فيعذر بالجهل كالجهل بالخطاب في اول الاسلام او في دار الحرب **قوله** ويعرى عن التورية
وهو ان يظهر خلاف ما يضمر **قوله** بحديث عمار بن ياسر رض حيث ابتلي به روي ان المشركين
اخذوه ولم يتركوه حتى سب النبي عليه السلام وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما اتى رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال له ما وراءك قال شر ما تركوني حتى نلت منك وذكرت آلهتهم
بخير قال كيف تجد قلبك قال اجده مطمئنا بالايمان قال عليه السلام فان عادوا فعد اي فعد
الى طمأنينة القلب بالايمان وما قيل فعد الى ما كان منك من النيل وذكر آلهتهم بخير فغلط لانه
لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم انه يأمر احدا بالتكلم بكلمة الشرك **قوله** لان خبيبا
صبر على ذلك وقصته ان المشركين اخذوه وباعوه من اهل مكة فجعلوا يعاقبونه على
ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا صلى الله عليه وسلم بشر فاجمعوا على قتله
فلما ايقن انهم قاتلوه سألهم ان يدعوه ليصلي ركعتين فاوجز صلوته وقال انما اوجزت
صلوتي لئلا يظنون اني خفت القتل ثم سألهم ان يلقوه على وجهه ليكون ساجدا لله حين
يقتلونه فابوا اليه ذلك فرفع بصره الى السماء وقال اللهم اني لا ارى الا وجه عدو فاقرأ
رسول الله صلى الله عليه وسلم مني السلام ثم قال اللهم احص هؤلاء عددا واجعلهم
بددا ولا تبق منهم احدا ثم انشأ يقول **شعر** ولست ابالي حين اقتل مسلما على
اي جنب كان لله مصرعي فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وسماه رسول
الله صلى الله عليه وسلم افضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة فهذا يدل على ان
الامتناع افضل **قوله** بخلاف ما تقدم للاستثناء يعني قوله الا ما اضطررتم اليه واول
الآية وما لكم الا تأكلوا الآية اي اي غرض لكم الا تأكلوا وقد فصل لكم اي قد بين لكم ما
حرم عليكم مما لم يحرم بقوله في سورة قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الآية وقوله تعالى حرمت
عليكم الميتة والدم وقرئ وقد فصل لكم ما حرم عليكم على بناء الفاعل وهو الله عز و
جل الا ما اضطررتم اليه مما حرم عليكم فانه حلال لكم في حالة الضرورة لان الاستثناء
من التحريم اباحة او امتناع من التناول حتى يتلف كالامتناع من تناول الطعام الحلال
حتى يتلف فيكون اثما **فان قيل** كما استثنى حالة الضرورة في الميتة استثنى حال الاكراه
هنا **قلنا** نعم استثني من الحرمة فكان اباحة فلم يكن رخصة وههنا من الغصب ينبغي
الغصب في المستثنى ولا يلزم من انتفاء الحرمة فكان رخصة فذكر في الكتاب

من كفر

من كفر شرط مبتدأ وجوابه محذوف لان جواب من دال عليه كانه قيل من كفر بالله فعليهم غضب الله
من اكره فليس عليه غضب لكن من شرح بالكفر صدرا فعليهم غضب من الله **قوله** وقرر الشرع حكمه
وهو الاثم الى ان قال يأثم اثم القتل لان اثم القتل على من باشر القتل لتحقق الفعل منه حقيقة فاذا
تحقق منه الفعل يؤاخذ بفعله الا اذا سقط حكم فعله واضيف الى غيره شرعا كما في الاكراه على اتلاف
مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وههنا لم يسقط فيقرر عليه **قوله** وللتسبب
في هذا اي في القتل حكم المباشرة عنده كما في حد قطاع الطريق يجب على الردء بالتسبيب كما في وجوب
القصاص عنده فان الشاهدين لو شهدا على رجل بالقتل عمدا فاقتص المشهود عليه ثم جاء المشهود
بقتله حيا يقتل الشاهدان عنده **قوله** نظرا الى الحمل اي الاكراه **قوله** وهذا لان القتل بطبعه ايثار
للحيوة فيصلح آلة للمكره وذلك لان الآلة هي الآلة تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القتل عند
الاستعمال فيفعل وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق واذا كان كذلك ففي
المكره على موجب الطبع مشابهة الآلة ولو استعمل القاتل الآلة التي هي السيف تمحض ظلما
فلم يجب القصاص على القاتل فكذا يجب القصاص على المكره ههنا لكون المكره آلة له **قوله** لا
يصلح الآلة في الجناية على دينه لانه اكرهه ان يجني على دينه فلو اشتغل الاثم الى المكره لتحقق خلاف
المكره وبطلان الاكراه وعدم الفعل الى المحل الاول **قوله** كما نقول في الاكراه على الاعتاق يعني
الاعتاق مقصور على المكره من حيث التلفظ وحصول العتق في المحل حتى كان الولاء له لانه
لم يصلح آلة للمكره بهذا الاعتبار ومن حيث اتلاف المالية يضاف الى المكره حتى يكون ضامنا
بالمالية وكذا اكراه مجوسي على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكره من حيث الاتلاف حتى يكون
ضامنا ويقتصر على المجوسي في حق الاكراه حتى حرم الذبيحة لانه صلح آلة للغير في حق الاتلاف
دون الذكاة لان الحرمة تتناط بها **قوله** لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحرية كما ذهب اليه
ابو حنيفة رح فان المستسعى كالمكاتب عنده او لتعلق حق الغير كما هو مذهبهما لان عندهما
انما تجب السعاية لتعلق حق غير المعتق بالعبد وههنا لو وجبت لتعلق حق المعتق لانه لا حق
ههنا لغير المعتق ولا نظير له في الشرع او قوله لتعلق حق العبد للاحتراز عن المريض اعتق عبده
وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك الراهن اذا اعتق المرهون وهو معسر
فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن **قوله** ولم يوجد واحد منهما لانه لم على قولهما
اعتاق السفيه المحجور حيث يعتق ويجب السعاية على العبد لانه تعلق به حق الحجر نظرا له
ولا يستوفي حقه من محل آخر بخلاف المكره فانه غير محجور **قوله** بخلاف ما اذا دخل بها لان
المهر تأكد بالدخول لا بالطلاق فيبقى مجرد اتلاف ملك النكاح وانه ليس بمال فلا يضمن
بالمال لانه انما يضمن ما هو مال وما ليس بمال يضمن بما يقومه عند التملك بالنكاح لاظهار
خطر المحل وههنا الخطر للملك لا للمالك لا يرد عليه الاتلاف ان ازالة الملك بغير عوض

Copyright © King Saud University

ولا يصح فلا حاجة الى اظهار الخطا عندنا لان الملك فهنا لا يضمن المتلف شيئا ولهذا لا يرجع
على شاهدي الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على المرأة اذا ارتدت بعد دخوله
ولا على القاتل اذا قتل منكوحة الغير **قوله** ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل
الوكيل جاز استحسانا ونفذ تصرف الوكيل والقياس ان لا يصح الوكالة مع الاكراه لان
الاصل ان كل عقد يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الاكراه وما لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر الاكراه
لانهما ينفيان الرضاء والوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه وجه الاستحسان ان الاكراه
يوجب فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها من الاسقاطات لان
الموكل يسقط حقه بالتفويض اليه فاذا لم يبطل نفذ التصرف الوكيل ويرجع على المكره استحسانا
اي يرجع المكره بنصف المهر وقيمة العبد على المكره استحسانا والقياس ان لا يرجع عليه
من الاكراه وقع على التوكيل دون زوال الملك لانه اذ الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا
يضاف التلف اليه كما اذا شهد شاهدان فلانا وكل بعتق عبده فاعتقه الوكيل ثم رجعا
لا يضمنان وجه الاستحسان ان غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال
مقصوده فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه اكراه **قوله** والنذر لا يعمل فيه الاكراه
حتى لو اكره على ان يوجب على نفسه صدقة او صوما او حجا او شيئا يتقرب به الى الله تعالى
ففعل لزمه ذلك وكذا ان اكرهه على اليمين فحنث من ذلك او بغرم لان النذر مما لا يحتمل الفسخ
لانه يمين لقوله عليه السلام النذر يمين وهو مما لا يحتمل الفسخ وما لا يؤثر فيه الفسخ بعد
وقوعه لا يؤثر فيه الاكراه من حيث منع الصحة كالعتاق وهذا لان اثر الاكراه في فوات
الرضاء واثره في عدم اللزوم واثره في ثبوت حق الفسخ ما لا يحتمل الفسخ فما لا يحتمل الفسخ
لا ينافي اثر الاكراه فلا يؤثر فيه الاكراه **قوله** لانه لا مطالب به في الدنيا فلا يطالب به فيها
فكذلك اوجب عليه حكما يطالب به في الاخرة ولا يظهر اثره في الدنيا من حيث الالزام قلنا
اوجبنا عليه الضمان للاخذ الحاكم وحبسه فيكون زائدا على ما اوجبه وهذا لا يجوز
قوله الا ان يكرهه السلطان ابي لا يحد على المكره اذا زنى وهذا الذي ذكره قوله الاخر
واما في قوله الاول يجب الحد على المكره اذا زنى ولو كان المكره سلطانا وهو قول زفر
ثم رجع وقال لا حد عليه اذا كان المكره سلطانا **قوله** فالقول قوله استحسانا فتبين لان
في القياس القول قول المرأة حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة كلفظ
الطلاق ويستوي في ذلك الطائع والمكره وجه الاستحسان ان هذه اللفظة غير موضوعة
للفرقة وانما يقع الفرقة باعتبار تبدل الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تبدل الاعتقاد
فلا يقع الفرقة **قوله** ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم
اكن فعلت بانت منه حكما لا ديانة لانه اقر انه طائع باتيان ما لم يكره عليه لانه اكره على

انشاء

انشاء الكفر لا الاخبار عن الانشاء وهو طائع فيه ومن اقر بالكفر فيما مضى طائعا ثم قال عنيت
كذبا لا يصدقه القاضي لانه خلاف الظاهر ويصدق فيما بينه وبين ربه لانه نوى ما يحتمله
لفظه **قوله** ولو قال اردت ما طلب مني ولم يخطر ببالي الخبر عن ماض بانت منه
ديانة وقضاء لانه لما خطر بباله يمكنه من التخلص عما ابتلي به بان ينوي في ذلك الخبر
فيخرج بهذا التمكين عما لم يفعل ذلك فانشاء الكفر كان بمنزلة من اجرى كلمة الشرك طائعا
ذلك لانه لما خطر بباله الاخبار بالكفر كاذبا كان يمكنه التخلص عما اكره باتيان ما اكره عليه
وهو الاخبار عن الماضي كاذبا دون الانشاء لان الانشاء كفر في القضاء بينه وبين الله تعالى
والاخبار عن الكفر كاذبا في الماضي كفر في القضاء ولا فيما بينه وبين الله تعالى فلما امكن المكره دفع
ما اكره عليه بان يأتي بما اكره واتى بالزيادة يجعل طائعا في الزيادة لانه لا حاجة للزيادة فيصير انشاء الكفر
طائعا فيحكم بكفره في القضاء وفيما بينه وبين ربه بخلاف ما اذا لم يخطر بباله الاخبار عن الكفر
فيما مضى بالكذب لانه هنالك لا يمكنه دفع الاكراه الا باتيان ما اكره عليه فيجعل مكرها والمكره
على انشاء الكفر لا يكفر في القضاء ولا فيما بينه وبين ربه وهو الوجه الثالث وهو ان يقول لم
يخطر ببالي شيء لكن كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته
استحسانا لانه لما لم يخطر بباله سوى ما اكره عليه كانت الضرورة مستحقة ومع تحقق الضرورة
رخص له في اجراء كلمة الشرك مع طمانينة القلب بالايمان **قوله** وهذا حكم الطائع ما ذكره
اشارة الى قوله بانت منه حكما لا ديانة **قوله** وهنا اذا اكره على الصلوة للصليب اي على
السجدة للصليب وسب محمد النبي عليه السلام ففعل ولو قال نويت به الصلوة لله ومحمدا آخر
غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا النبي صلى
الله عليه وسلم وقد خطر بباله الصلوة لله تعالى وسب غير النبي صلى الله عليه وسلم وقد وجد مخرجا
عما ابتلى به ثم لما لم يفعل ما خطر على باله وسب محمدا صلى الله عليه وسلم كان كافرا وان وافق
المكره فيما اكرهه لانه وافقه بعدما وجد المخرج عما ابتلي به فكان غير مضطر في موافقته
ومن سب محمدا النبي صلى الله عليه وسلم من غير اضطرار كان كافرا قال في المبسوط هذه
المسئلة تدل على ان السجود لغير الله على وجه التعظيم كفر ولو لم يخطر بباله شيء وصلى
للصليب وسب محمدا صلى الله عليه وسلم وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن منكوحته لا قضاء
لا ديانة لانه فعل مكرها لانه تعين ما اكره عليه ولم يمكنه دفعه عن نفسه اذ لم يخطر بباله
غيره كتاب الحجر هو في اللغة المنع ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع منه من
الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع من القبائح قال الله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر اي لذي
عقل وفي الشرع منع التصرف في حق الصغير والرقيق والمجنون ثم ان الله تعالى خلق الورى على تفاوت
بينهم في الحجى فجعل بعضهم ذوي النهى ومنهم اعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى

Copyright © King Saud University

بعض اسباب الردى كالجنون الذى هو عدم العقل والعته الذى هو نقص العقل والصبى فانت
الحجر على هولا نظرا **قوله** ولا يجوز تصرف الصغير الا باذن وليه **قوله** ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب
اى الذى لا يفيق اصلا بحال اى فى جميع الاحوال **قوله** كيلا يتعطل منافع عبده بعنى لو لم يثبت
الحجر نفذ البيع الذى باشره وكذا الشرى فيلحقه ديون فيأخذه ارباب الديون اكسابه وهى منفعته
مولى فيتعطل منافعه **قوله** ومن باع من هولاء شيئا او اشترى وهو يعقل البيع ويقصده
المراد بهولاء الصبى والعبد والمجنون الذى يجن ويفيق وهو المعتوه الذى يصلح
وكيلا عن غيره وهو قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة لا
الذى ذهب عقله فان تصرفه لا يصح وان لحقته الاجازة لعدم الانعقاد وبقوله يعقل
البيع ان يعرف ان البيع جالب للثمن سالب للمبيع والشراء بعكسه وبقوله يقصده انه
يقصد اثبات حكمه وفيه احتراز عن الهازل فانه لا يقصد حكمه وهذا لان التوقف نظر في
العبد لحق المولى وفى الصبى والمجنون لحقهما فيتحرى المصلحة فى تصرف هولاء ولا بد ان
يعقل البيع ليتحقق ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة **فان قيل** التوقف يستقيم
فى البيع اما الشراء فلا يتوقف بل ينفذ على المباشر **قلنا** الشراء اذا وجد نفاذا على
المشترى ينفذ عليه كالفضولى اذا اشترى مال الانسان لآخر فانه ينفذ عليه ولا يتوقف
اما اذا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية كما فى الصبى والمجنون او لضرر المولى كما فى العبد فيتوقف
قوله وهذه المعانى الثلاثة يوجب الحجر فى الاقوال الحجر او جب التوقف فى الاقوال التى
تردد بين النفع والضرر كالبيع والشراء وجب الحجر من الاصل بالاعدام فى حكم اقوال تمحض
ضررا كالطلاق والعتاق فى حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق **قوله** لا
مرد لها لوجودها حسا ومشاهدة فانه اذا قتل انسانا او قطع يده او اراق شيئا لا يمكن
ان يجعل القتل والقطع والاراقة كالعدم لانه يؤدى الى انكار الحس اى لا يكون المقتول و
المقطوع والمراق مقتولا ومقطوعا ومراقا وهو دخول فى السوفسطائية وانكار الحقائق
بخلاف الاقوال فان اعتبارها بالشرع واما الاخبارات كالاقارير والشهادات فخروجها عن
شرعا لانها دلالات على المخبر عنه فيجوز ان لا يقع دلالة لانها تحتمل الصدق والكذب بذاتها
قوله والقصد من شرطه اى القصد شرط اعتبارها موجودة اذ الكلام المعتبر انما يكون
موجودا بصورته ومعناه ومعنى الكلام لا يوجد الا بالقصد وهو يكون بالعقل ولا عقل
للصبى والمجنون فلا يكون لهما قصد واعتبار الفعل لا يتوقف على القصد فالنائم اذا
انقلب على مال انسان واتلفه يضمن وان عدم القصد الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم
يسقط بالشبهات كالحدود والقصاص فيجعل عدم القصد فى ذلك شبهة فى حق الصبى
والمجنون حتى لا يجب عليهما الحد بالزنا والسرقة وشرب الخمر وقطع الطريق والقصاص
بالقتل

بالقتل **قوله** الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندرئ بالشبهات استثناء من قوله الا لا مرد لها
قوله ولا وقوف للمولى على عدم التوافق على اعتبار لو غير حد الشهوة اى لا وقوف للمولى على
مصلحة الطلاق لان ذا يعتمد العلم بتباين اخلاقهما وتنافر طباعهما اذا بلغ الصغير حد الشهوة
ولا علم للمولى بذلك بخلاف سائر العقود لامكان وقوفه على المصلحة **قوله** والحائط المائل
بعد الاشهاد الحائط المائل اذا تلف به شى يضمن صاحب الحائط وان عدم القصد من صاحبه
فى سقوطه **قوله** على ما بيناه اى من ان القصد من شرطه **قوله** لانه مبقى على اصل الحرية
فى حق الدم لان الحدود والقصاص من خواص الآدمية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمى
وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى عليه بهما واذا بقى على اصل الحرية
فيهما نفذ اقراره فيهما لانه اقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمنى **فان قيل** يرد عليه المسلم
لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق فيقتضى انه لا يملك الاقرار بالحدود والقصاص **قلنا**
لما بقى على اصل الحرية فيهما يكون هذا اقرار الحرية لا اقرار العبد لان قوله تعالى بل الانسان على
نفسه بصيرة يقتضى ان يصح ولا يقال انه مخصوص عن الاقرار بالمال لان المخصوص يتناول اقرار
بالمال الا فى حق الحر والنص يتناول الاقرار على نفسه **فان قيل** يحمل النص على الحر دفعا
للمعارض **قلنا** يحمل الاثر على غير هذه الصورة دفعا للتعارض **قوله** ويقع طلاقه لما
روينا اراد ما ذكره قبل هذا الكلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبى والمعتوه **باب**
الحجر للفساد اعلم ان الحجر عند ابى حنيفة على الحر العاقل البالغ لا يجوز بسبب السفه
والدين والفسق والغفلة وعندهما يجوز بغير الفسق وعند الشافعى يجوز بالكل وعندهما
فى تصرفات لا يصح مع الهزل كالاكراه والاجارة والهبة والصدقة وما لا يحتمل الفسخ كل
تصرف لا يحتمل الفسخ كالطلاق والعتاق والنكاح لا يجوز الحجر فيه اجماعا ثم كذا الاسباب
الموجبة للعقوبة كالحدود والقصاص والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع
الهوى وترك ما يدل عليه الحجى والسفيه من عادته التبذير والاسراف فى النفقة وان يتصرف
تصرفات لا لغرض ولغرض لا يعده العقلاء من اهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغنين
واللعابين وشرى الحمامة الطيارة بثمن غال والغبن فى التجارات من غير محمدة واصل
المسامحة فى التصرفات والبر والاحسان مشروع الا ان الاسراف حرام كالاسراف فى الطعام
والشراب قال الله تعالى والذين اذا انفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا **قوله** يتلف ماله فيما لا غرض
له فيه ولا مصلحة بان يحرق ماله او يلقيه فى البحر وما اشبه ذلك **قوله** ولهذا منع منه المال
اجمعوا على انه يمنع عنه ماله ما لم يبلغ خمسا وعشرين سنة فاذا بلغ لا يمنع عند ابى حنيفة
ره وعندهما دام المنع ما دام السفه ولابى حنيفة ره انه مخاطب فى هذا الوصف لانه
اهل التصرف ولان التكليف يقتضى التمكن من الاستيفاء حتى اوجبنا على مخاطب التكليف

Copyright © King Saud University

والاستيفاء انما يكون بالوصول الى الاموال وذلك بالتمليك والتملك وما يتعلق بهما عند اهلية التمييز
والشرع جعل الرشد سبيلا من التصرفات تمليكا وتملكا لهذا المعنى وانه موجود في حق
السفيه لانه مكلف عاقل كالرشيد فكان سبيلا قوله فلا يحتمل الاعلى اي الحجر لدفع الادنى
وهو الشر وهذا لان نعمة المال زائدة واطلاق اللسان نعمة اصلية لان الادمي انما فاق
ساير الحيوانات باعتبار قوته في التصرفات قوله كالحجر على المتطبب الجاهل فانه يسقي
الناس في امراضهم دواء مهلكا وهو يعلم بذلك او لا يعلم قوله والمفتي الماجن الذي لا يبالي
ما صنع وما قيل له ومصدره المجون والمجانة اسم منه والفعل من باب طلب كذا في المغرب
وفي الذخيرة المفتي الماجن هو الذي يعلم الناس الحيل الباطلة بان يعلم المراة لتبين من
زوجها ويعلم الرجل ان يرتد لتسقط الزكوة ثم يسلم ولا يبالي ان يحرم حلالا او يحل حراما
فضرر هذا متعد الى العامة قوله والمكاري المفلس هو الذي يتقبل الكراء ويواجر الابل
وليس له ابل ولا ظهر يحمل عليه ولا مال يشتري به الدواب فالناس يعتمدون عليه ويدفعون
الكراء اليه ويصرف هو ما اخذه في حاجته واذا جاء اوان الخروج يخفي هو نفسه فيذهب
هو اموال الناس وربما يصير ذلك سببا لتقاعدهم عن الخروج الى الحج والغزو وفساد
هذا الشخص متعد ايضا والحاق الضرر الخاص لدفع الضرر العام جائز اما ضرر المحجور المختلف
فيه غير متعد بل يقتصر عليه فلا يكون المحجور المختلف فيه نظير هؤلاء فجواز الحجر في حق
هؤلاء لا يدل على جواز الحجر في المختلف فيه فان قيل جعل الله تعالى للسفيه وليا بقوله تعالى
فليملل وليه بالعدل قلنا السفيه هو المجنون عنده وعليه كثير من اهل التاويل
قوله ولا يصح القياس على منع المال هذا جواب عن قولهما ولهذا منع عنه المال اي اذا بلغ
سفيها يمنع عنه المال بالاتفاق قوله لان الحجر ابلغ منه في العقوبة اي لان الحجر عن التصرف
ابلغ من منع المال من يده في العقوبة لان نعمة اليد على المال نعمة زائدة واطلاق
اللسان واعتبار البيان نعمة اصلية فان جواز الحاق ضرر يسير وهو المنع من المال
بتفويت نعمة زائدة لا يستدل على جواز الحاق ضرر عظيم به بتفويت النعمة الاصلية
قوله لانه عاجز عن النظر لنفسه يعني ان الصبي لما كان يعجز عن النظر لنفسه مست
الحاجة الى ضرب الحجر عليه لدفع الضرر عنه فصار الصبي موليا عليه والمولى عليه لا يلي التصرف
اما السفيه فقادر على النظر لنفسه لانه اعطي الة القدرة من العقل والبلوغ وان كان
يعدل عن سنن العقل قوله ومنع المال عنه هذا جواب عن قولهما ثم هو لا يتنفذ قوله
لان الحجر كان مشروعا هذا جواب عما يقال تصرف المحجور بالسفه بحكم القاضي ينبغي
ان لا ينفذ اصلا عند ابي حنيفة ولا يكون لقاض آخر ان يبطل الحجر لان القضاء الاول
لاقى محل الاجتهاد فلا يقبل النقض لما عرف فاجاب ان القضاء منه يكون فتوى ليس بقضاء

ثاني

١٩١

على قول ابي حنيفة ظاهر لانه كان محجورا قبل قضائه متى كان مفسدا له السر وعند ابي يوسف رح
وان كان يحتاج الى حكم الحاكم لكن هذا قضاء من وجه لانه ثبت بقضائه ما لم يكن ثابتا
ثابتا ولكن فتوى من وجه لانه لم يوجد شرائط القضاء وهو المقضي له والمقضي عليه
والدعوى والانكار حتى لو وجد الدعوى والانكار بان تصرف بعد الحجر فرفع الى قاض
وجرت الخصومة بينه وبين عاقده فقضى القاضي عليه بابطال التصرف صح فانه يصير متفقا
عليه فلا ينفذ نقضه بعد ذلك ونظيره القاضي اذا قضى بجواز بيع ام الولد قبل وجود الخصومة
في ذلك لا يصير متفقا عليه لانه فتوى بعد الخصومة صار متفقا عليه قوله ولو كان قضاء
يعني ولئن سلمنا ان حجر القاضي قضاء بان يجعل السفيه مقضيا عليه من حيث ان الحجر ما
ثبت الا نظرا له وهو القضاء بالحجر يقع عليه فيجعل مقضيا عليه فاذا وجد المقضي له والمقضي
عليه عند اختلاف الجهة يكون قضاء ولكن نفس القضاء مختلف فيه وقضاء القاضي بالمختلف
انما يرفع الخلاف اذا لم يكن نفس القضاء مختلفا فلا بد من قضاء اخر لنفاذ القضاء قوله ولا يجعل
ان منع المال منه بطريق التاديب يعني ان منع المال عنه بطريق التاديب يعني ان منع المال
عنه على طريق الشفقة لا بطريق العقوبة عليه فيكون زجرا له عن التبذير والعقوبات
بهذا الطريق غير مشروع وعبر بالاسباب الحسية واما اهدار القول في التصرفات فعقوبة
حكمي والعقوبات بهذا الطريق غير مشروع وعبر كالحد فعدلا يجعل عليه اسقاط شهادة
القاذف فانه متمم الحد عندنا لانا نقول انما كان كذلك تبعا لما هو حسي وهو اقامة
الحد لا مقصود بنفسه قوله الا انه قد يصير جدا في هذا السن وذلك لان ادنى مدة البلوغ
في حق الغلام اثنتا عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة اشهر لان اقل مدة الحمل ستة اشهر
ثم بلغ ابنه باثنتي عشرة سنة ثم يولد له ابن لستة اشهر فيصير جدا بعد خمس وعشرين
سنة ولو فرضنا مقام الابن البنت يصير جدا في اثنين وعشرين سنة لان ادنى مدة
مدة بلوغ البنت تسع سنين لكن هذا اللفظ ذكره عام في الذكور والاناث فلما صار جدا
صار فرعه اصلا فكان الجد متشابها في الاصالة في الاصالة واذا لم يونس رشد في
مثل هذا الاصالة عرفنا انه انقطع رجاء التاديب منه فلا معنى لمنع المال عنه بعد
ذلك اذ المنع كان للتاديب وهو لم يبق محلا للتاديب في حق ماله قوله ولان المنع
باعتبار اثر الصبي وهو في اوايل البلوغ لانه اول احوال البلوغ فلا يعتبر السفه باعتبار
اثر الصبي وبقاء اثره كبقاء عينه فاذا امتد الزمان وظهرت الخبرة والتجربة لم يبق اثر
الصبي وعند ذلك يحدث له ضرب من الرشد لا محالة لانه كما قيل قد روي عن عمر رض قال ينتهي لب
الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين وقال اهل الطبايع من بلغ خمسا وعشرين فقد بلغ رشده
ولان مدة البلوغ من حيث السن ثماني عشرة سنة فقدرنا مدة القرب منه بسبع سنين

Copyright © King Saud University

اعتبارا بهذا التمرين فى الاستباق على ما اشار اليه النبى صلى الله عليه وسلم فى قوله مروا صبيانكم بالصلاة
اذا بلغوا سبعا **قوله** دائر بين الضرر والنظر لانه لما فقد الحجر لم يصح بيعه بعد الحجر ينفذ على
ملكه كما كان ففى ابقاء الملك له نظر وفى اهدار قوله ضرر ومثل هذا لا يترجح احد الجانبين
منه الا بقضاء القاضى توضيحه ان السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بان يغبن فى
التصرفات وقد يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهرين فكان محتملا مترددا لا يثبت حكمه
الا بقضاء القاضى **قوله** لا يبلغ محجورا عنده اذ العلة هى السفه والعزة فيجعل به بين حجر السفيه
حيث لا يتوقف على القضاء وبين حجر المديون حيث يتوقف على قضاء القاضى هو ان حجر السفيه
لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فاشبه الجنون وثمة يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف
على القضاء فكذا هنا واما الحجر بسبب الدين فليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم فيتوقف
يتوقف على قضاء القاضى لانه [illegible] عليه فيعمل بحجره فاما الغريم [illegible] فلا يحتاج **قوله**
لان السفيه فى معنى الهازل **فان قيل** ان السفيه لما كان بمنزلة الهازل والهازل اذا اعتق عبده
لا يجب السعاية على العبد فينبغى ان يكون السفيه كذلك **قلنا** الحجر على السفيه للنظر والنظر
فى السعاية ولا كذلك الهازل لانه ليس بمحجور **قوله** ولا اصل عنده اى عند الشافعى رح ان
الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شئ من تصرفاته الا الطلاق
كالموقوف وجهه ان السفيه لا يبطل الخطاب ولا يخرج من ان يكون اهلا لالتزام العقوبة باللسان
باكتساب سببها او بالاقرار بها بمنزلة الرق ثم كان بالرق لا ينفذ شئ من تصرفاته سوى الطلاق
فكذلك الحجر بسبب السفه قلنا لا يجوز ان يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك الحجر لحق
الغير فى المحل الذى يلاقيه حتى ان فيما لا حق للغير فيه يكون نافذا كالاقرار بالحدود والقصاص
قوله الا انه لا يجب السعاية مستثنى من قوله ينفذ حقيقة اى ينفذ حقيقة اعتاق المحجور بسبب السفه
يجب السعاية ولا يجب السعاية على مدبره فى التدبير ما دام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير بقى
مملوكا له فيتخدمه فلا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه لما بقى على ملكه والمولى لا يستوجب
على مملوكه دينا فيجب نقصان التدبير عليه الا ترى انه لو دبره عبده بمال وقبل العبد صح التدبير
ولا يجب المال فنظيره المريض اذا ادعى ولد جارية له على التفصيل المريض المدعى اذا ادعى
ولد جاريته اى قال للامة هذه ام ولدى ان كان معها ولد لا يسعى فى قيمتها للغرماء وان لم
يكن معها ولد سعت فى جميع قيمتها للغرماء وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب
الولد بمنزلة الشاهد لها فى ابطال حق الغير وكذلك فى دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما
اذا لم يكن معها ولد فانه لا شاهد لها هنا فاقراره لها بحق الغير بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية
ولا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى فى قيمتها بعد موته كما لو اعتقها **قوله** او كل يوم واحدة
يعنى لو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها هكذا يفعل مرارا من غير حصر فانه يجب تسمية فى

مقدار

مقدار مهر مثلها ويبطل الزيادة لما بينا اشارة الى قوله لانه من ضرورات النكاح وبهذه المسئلة
يحتج ابو حنيفة رح لانه لا فائدة فى الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه فانه يتلف ماله بهذا
الطريق بان يتزوج كل يوم امراة ويطلقها فيجب عليه مقدار مهر مثلها فيأخذ المراة منه ذلك المقدار
جبرا فيتلف ماله بهذا الطريق اذ يحجر عن اتلافه بطريق البيع والهبة بل هذا اضر من اتلاف ماله
بطريق الهبة اذ هو يكتسب المحمدة فى البر والاحسان والمذمة فى التزوج والطلاق قال عليه السلام
لعن الله كل مطلاق **قوله** بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه يد مقصورة بين ماله فهو بمنزلة
ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون له دين على انسان او غصب بيده وهو مكان
يعطيه فله ان يكفر بالصوم **قوله** ولو اراد عمرة واحدة لم يمنع منه استحسانا وفى القياس لا يعطى
نفقة السفر لان العمرة تطوع فصار كما لو اراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام
وجه الاستحسان ان العلماء اختلفوا فى فرضية العمرة فلا يمنع منها احتياطا **قوله** ولا يمنع من
ان يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان عند البعض يلزمه هدى ويجزيه الشاة عندنا ولكن
البدانة فيه افضل وكان ابن عمر رض يقول لا يجزيه الا البدنة وهى بقرة او جزور فهو اذا ساق
البدنة فقد قصد التحرز عن موضع الخلاف والاخذ بالاحتياط فى امر الدين فاذا كان
يكون فعلا اقرب الى فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا يمنع عنه **قوله** وكذا ان نوع
رشد وهو الاصطلاح فى المال ليتناوله النكرة المطلقة وهى فى قوله تعالى فان آنستم منهم
رشدا والنكرة فى موضع الاثبات تخص فلذا وجب رشدها فقد وجد الشرط ينبغى دفع المال
اليه ولان الرشد فى المال مراد اجماعا فلا يكون الرشد فى الدين مرادا لانه يكون تعلقا
برشدين **قوله** بسبب الغفلة وهو ان يكون يغبن فى التجارات **فان قيل** ينبغى ان لا يحجر لان
لان النبى صلى الله عليه وسلم ما حجر حبان بن منقذ وكان يغبن فى التجارات **قلنا** لما الحق الغفل
فى التجارة بالسفيه بدلالة النص اذ الحكم فى السفيه ثابت بالنص وهو قوله تعالى ولا تؤتوا
السفهاء اموالهم لم يعارضه خبر الواحد **فصل فى حد البلوغ** **قوله** فقالا اذا تم للغلام
والجارية خمسة عشرة سنة فقد بلغا وفى الكافى للعلامة النسفى والسن الذى يحكم ببلوغ الغلام
والجارية اذا انتهيا الى خمسة عشرة سنة عندنا يعنى عند محمد والشافعى رح وهو رواية
عن ابى حنيفة رح وعليه الفتوى **قوله** وهذا اقل ما قيل اى فى الرشد وقيل اثنان وعشرون
سنة وقيل خمسة وعشرون سنة **قوله** فبنى الحكم عليه للتيقن به **فان قيل** ينبغى ان يقال
بالاكثر لانه المتيقن اذ الادنى يكون فى الاكثر دون العكس **قلنا** اول الاية ولا تقربوا مال
اليتيم الصغير عند الحكم الى غاية الرشد واقل ما قيل فيه ثنا عشر وهو المتيقن اذ
لو عدا الى قضائه لا يبطلان ثبتا الى ثنا عشر [illegible] لا يكون متيقنا الى انقضائه
لكانت ثنا عشر متيقنا فى كون الحكم منتهيا اليه فبنى الحكم عليه **قوله** لا استنادها على الفصول

Copyright © King Saud University

الا لعبة التي يتوانى واحد منهما المزاح لا محالة اي بعد ناسنة في حق الغلام من اول فصل
من فصول السنة مزاحم **قوله** واذا راهق الغلام والجارية يقال له رهقه اي دنا منه
رهقا ومنه اذا صلى احدكم الى سترة فليرهقها وصبي مراهق مدان للحلم كذا في المغرب

باب الحجر بسبب الدين لانه عساه يلجئ الى ان تواضع احدا على الاقرار بالمال
عند الناس فلا يطالبه ذلك الرجل بالمال فيفوت حق الغرماء او يبيع ما له بحبة من
عظيم لا يمكن الانتزاع من يده كما في الحي والعنة المجبوب اذا ابى ان يفارق امراته ناب
القاضي منابه في التفريق بينهما والعنين بعد مضي المدة اذا ابى ان يفارق امراته ناب
القاضي منابه في التفريق **قوله** والحبس لقضاء الدين آه هذا جواب عما قال البيع مستحق
عليه حتى يحبس لاجله فاجاب ان الحبس لقضاء الدين باي طريق شاء ولو صح البيع
القاضي مال المديون لكان الحبس اضرارا في حق الدين بتاخر حقه الى غير ما ان يحقق امتناع
المديون عن البيع وفي حق المديون بتعذيب الحبس فوجب ان لا يكون مشروعا اذ حبس
المديون ما شرع الا لنفع الدائن والحبس مشروع اجماعا فدل ذلك على انه ليس للقاضي
ولاية البيع وهذا لا ينقلب لان حبس المديون على اعتبار عدم ولاية البيع للقاضي لا
يشتمل على ضرر الدائن بتاخير حقه لان للمديون ولاية البيع في كل لحظة بخلاف القاضي وفي
الذخيرة من مشايخنا من قال مسئلة الحجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس
لان من شرط صحة الحجر على المديون القضاء بالافلاس اولا ثم الحجر بناء عليه حتى لو حجر عليه ابتداء
من غير ان يقضي عليه بالافلاس ولا والحجر بناء عليه ومنهم من جعل المسئلة مسئلة مبتداة
فعلى هذا القول المانع من الحجر عند ابي حنيفة رضه كون الحجر متضمنا الحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق
له بالقضاء بالافلاس والدليل لابي حنيفة رضه ايضا في اثبات مذهبه قوله تعالى ولا تاكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وبيع المال على المديون بغير رضاه
ليس بتجارة عن تراض وقال عليه السلام لا يحل مال امرئ الا بطيبة نفس منه وبنفسه لا يطيب
بيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له ان يفعل خلاف هذا الظاهر والمعنى فيه ان بيع المال غير
مستحق عليه فلا يكون للقاضي ان يباشر ذلك عند امتناعه كالمراة لا للاجارة ليقضي
دينه من اجرته وكذلك اذا وجب الدين على المراة فان القاضي لا يزوجها ليقضي الدين
من صداقها **قوله** بخلاف مغلق بقوله لزيه بعد ذلك بعد قضاء الدين يعني انه اذا استهلك
مال الغير في حال الحجر يواخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه اسوة لساير
الغرماء لانه مشاهد لا مرد له بخلاف الاقرار فان سببه محتمل وذكر في الذخيرة ولو كان
سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلم او بشهادة الشهود بان شهدوا على الاستقراض
او الشرى بمثل القيمة شاركهم هؤلاء الغرماء غرماء الدين قبل الحجر ولو مرض في الحبس

بحق

يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن اخرجه وعن ابي يوسف رضه انه لا يخرجه من
السجن في هذه الصورة ايضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وانه في الحبس وفي
غيره سواء والمحترف فيه لا يمكن من الاستعمال بعمله هو الصحيح وقال بعضهم لا يمنع من الاكتساب
في السجن لان فيه نظرا لرب الدين بحاجات المديون لانه ينفق على نفسه وعلى عياله وقضى الدين
فانه اذا فضل منه نفقته صرفه الى الدين والاصح انه يمنع ليضجر قلبه فيسارع الى قضاء دينه **قوله** ولا
يحول بينه وبين غرمائه لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان فوجب التمسك بحرمان الحديث
مطلق في حق الزمان فيتناول زمان الذي يكون بعد الاطلاق عن الحبس وقبله **قوله** فصار
كالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت خيار الفسخ لرب السلم مع انه عجز عن تسليم شيء هو غير
مستحق بالعقد لان المسلم فيه بالعقد الدين في الذمة وانقطاع المسلم فيه يثبت العجز عن العين وهو
غير مستحق بالعقد فكذا عجز المشتري بالافلاس عن تسليم العين يوجب حق الفسخ للبائع وان
لم يكن العين مستحقا بالعقد **قوله** ولنا ان الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير
مستحق بالعقد اذ المستحق بالعقد وصف في الذمة وبقبض العين يتحقق بينهما مبادلة حكمية
والعجز عن تسليم غير المستحق بالعقد لا يوجب حق الفسخ لانه لم يكن طريقا مستحقا مستقيما للدفع
مزعومة الوصل الحقيقة لجواز ان يظهر له مال لم يكن له علم به او يحدث له مال بسبب بخلاف
عجز البائع عن تسليم المبيع لانه عجز عن تسليم عين المستحق بالعقد بخلاف السلم لانه عجز
عن تسليم عين المستحق بالعقد حكما لان العين في باب السلم اعطي له حكم الدين الواجب في
الذمة لان الاستبدال فيه ممتنع شرعا فكان عجز المسلم اليه كعجز البائع عن تسليم المبيع فيوجب
حق الفسخ **كتاب** المأذون **قوله** الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر اي فك
الحجر الثابت بالرق واسقاط الحق وهو حق المولى ما لزمه الكسب والرقبة وانه يمنع تعلق حق الغير
بها صار الحجر الحكمي وانه بالاذن اسقط حقه فيعاد العبد متصرفا بالمالكية الاصلية واهلية
نفسه وهذا لانه اهل التصرف بعد الرق لان ركن التصرفات كلام معتبر شرعا لصدوره عن
مميز ومحل التصرفات ذمة صالحة له لالتزام الحقوق وهما لا يبطلان بالرق وصلاحية الذمة
للالتزام من كرامات البشر وبالرق لا يخرج من ان يكون بشرا الا ان ذمته ضعفت بالرق فلا
يجب المال فيها الا شاغلا مالية الرقبة وهو حق المولى فحجر عن التصرفات لحق المولى كيلا يبطل
حقه بلا رضاه فقد اسقط حقه فيعاد العبد متصرفا بالمالكية الاصلية وفي الذخيرة وانما
قلنا ان العبد متصرف بحكم مالية الاصالة لان تصرفات العبد تبنى على الشراء لان اول تصرف
ياتي العبد بعد الاذن في التجارة الشراء لانه لا مال له حتى يبيع او يشتري والعبد في
الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لانه يتصرف في حقه وهو ذمته بايجاب الثمن فيها لان الثمن
يجب في ذمة العبد حتى كان للطالب بالثمن هو العبد حتى لو امتنع عن ادائه في الحال يحبس

وذمته خالص حقه ولهذا لو اقر على نفسه بالقصاص صح وان كذبه المولى واذا ثبت ان محل
التصرف خالص حقه كان الشراء حقا له وهذا المعنى يقتضي نفاذ تصرفه في الاحوال
كلها قبل الاذن وبعده ولكن شرطنا الاذن لنفاذ تصرف العبد وصحته بالمعنى آخر وهو
ان يصير المولى راضيا بالضرر بتصرف العبد لان تصرف العبد لا يخلو من شغل رقبة
العبد وكسبه وهو معنى ما قال والحجر عن التصرف اي قبل الاذن لحق المولى قوله ولهذا
لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى يرجع الى قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته
وقوله ولهذا لا يقبل التاقيت لان كون الاذن اسقاط الحق لان الاسقاطات لا تتوقف كالطلاق
والعتاق فان قيل لو كان اسقاطا لما كان للمولى ولاية الحجر بعده لانه اسقط حقه والساقط
لا يعود قلنا بقاء ولاية الحجر باعتبار بقاء الرق فكان في الحجر امتناع عن الاسقاط فيما
يستقبل لا فيما مضى له لان الساقط لا يعود قوله ويتعافيه يتضرر به اي فيما ادى تصرفه بان
ثم قال المولى ليس بماذون ياخر الملاحق الى ما بعد العتق ولا يدري متى يعتق وهل يعتق ام
لا فيكون فيه اتواء حقهم فاذا رآه يبيع ويشتري فلم ينهه يصير ماذونا اذ لو لم يكن راضيا لمنعه
دفعا للضرر عنهم وحملا لعقله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه السلام عند
امر يعاينه عن التغيير والنكير وسكوت البكر والشفيع بخلاف ما اذا رأى انسانا يتلف
ماله او يبيعه فسكت لا يكون رضا وكذلك المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت
ولم ينهه عن البيع لا يصير اذنا له في البيع وكذلك اذا رأى صبيه يتزوج امرأة او ابنته تزوجت فسكت
لا يصير اذنا لهما في النكاح لان الضرر في هذه الصور متحقق في الحال ويضر بالمولى ثبوت الاذن
اذا رأى عبده او يشتري بعد ذلك لحقه وفيه الحجة ولو لم يثبت منه تضرر الناس في معاملتهم
قوله في سائر التجارات اي في جميعها قوله ومعنى هذه المسألة ان يقول اذنت لك في
التجارة ولا يقيد اي فلا يقيد الاذن بنوع من التجارة فيكون ماذونا في التجارات بالاتفاق
واما لو قيد بنوع منها بان يقول اذنت لك في التجارة في البز يكون ماذونا ايضا عندنا في جميع
انواع التجارات خلافا لزفر والشافعي رحمه الله فانه ذكر معنى المسألة نفي الخلاف لانه
لا يكون ماذونا في جميع التجارات عندنا عند التقييد بنوع منها قوله ووجهه ان التجارات
اسم عام يتناول الجنس لانه محلى بالالف واللام وهما للاستغراق الجنس حيث لم يسبقه معهود
فيتناول فيستغرق جنس التجارات قوله ولو حابا في مرضه حتى يعتبر من جميع المال هذا
اذا كان مولاه صحيحا اما اذا كانت المحاباة منه في مرض الموت فمحاباته بما يتغابن الناس
فيه او بما لا يتغابن فيه جايزة في قول ابي حنيفة من ثلث مال المولى سواء كان ذلك في البيع
او في الشراء لان العبد بانفكاك الحجر عنه بالاذن صار مالكا للمحاباة مطلقا في قول ابي حنيفة
رحمه الله حتى لو باشر في صحة المولى كان ذلك صحيحا منه فالمولى حين الاذن بعد مرضه جعل

تصرفه

تصرفه باذنه كتصرفه بنفسه ولو باع المولى بنفسه وحابا يعتبر ذلك من ثلث ماله المحاباة اليسيرة والفاحشة
في ذلك سواء فكذا اذا باشره العبد وفي قول ابي يوسف ومحمد محاباته بما يتغابن الناس فيه كذلك
فاما محاباته بما لا يتغابن الناس فيه باطلة وان كان يخرج من ثلث مال المولى لان العبد عندهما
لا يملك هذه المحاباة بالاذن في التجارة حتى لو باشر في صحة المولى كان باطلا وان كان على المولى
دين يحيط بقيمة العبد وبما في يده ولا مال له غيره فحابا في المرض لو لم يجز محاباة العبد شيء
لان مباشرته كمباشرة المولى ويقال للمشتري ان شئت فانقض البيع وان شئت فادّ المحاباة
كلها لانه لزمه زيادة في الثمن لم يرض هو فيتخير لذلك وان لم يكن على المولى دين وكان على العبد
دين يحيط برقبته وبجميع ما في يده فمحاباة العبد جايزة على غرمائه من ثلث المولى لان له حكم الاذن
لم يتغير بلحوقه الدين اياه والمحاباة وان صادفت على الغير ما ادخله فانما هي من مال المولى كما في الصحيح
قوله كما وانت للعبد ولا يقال ان المولى بمنزلة الوارث له لانه رضي بسقوط حقه بالاذن فصار
كالوارث اذا اسقط حقه الثلثين فانه ينفذ تصرف المريض في الكل قوله وله ان يسلم ويقبل السلم
اي لانه يملك ان يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه قوله وعليه ان يتقبل الارض اي يستاجرها
قوله وله ان يشارك شركة عنان قيد بالعنان لانه ليس له ان يشارك شركة مفاوضة لانها
تتضمن الكفالة وهو لا يملكها الا ان المفاوضة اذا كانت لا تصح مفاوضة تصح عنانا لان في
المفاوضة عنانا وزيادة فيصح بقدر المأذون وهو الوكالة ثم شركة العنان انما تصح منه اذا
اشترك شريكان مطلقا عن ذكر الشراء بالنقد والنسيئة اما لو اشترك العبدان المأذون لهما
في التجارة شركة عنان على ان يشتريا بالنقد والنسيئة بينهما لم يجز ذلك النسيئة وجاز النقد
لان في النسيئة معنى الكفالة عن صاحبه والمأذون لا يملك الكفالة اما التجارة بالنقد معنى
الكفالة عن صاحبه فيصير بقدر ما يملك له نقده وما لا يملك كما لو شارك شركة مفاوضة صح
عنانا لذلك قوله وله ان يواجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان عنده المأذون نايب
عن المولى وهو انما جعله نايبا في التصرف في كسبه ومنافع بدنه ليست من كسبه تصرفه بعد
الاذن كما قبله والدليل عليه ان رقبته ليست من كسبه بدليل انه لا يملك بيعها ولا رهنها بدين
عليه وما ليس من كسبه فهو لا يملك التصرف فيه بالاجارة واما عندنا فك الحجر عن المأذون
بمنزلة الكتابة والمكاتب له ان يواجر نفسه فكذلك المأذون ولا يقال ان الكتابة يتعلق بها اللزوم
والاذن لا لانا نقول ان محل التصرف لا يختلف بكونه لازما او غير لازم كالبيع مع الهبة فان
محل التصرفين واحد وهو العين وان كان احدهما يلزم والآخر لا يلزم ونحن انما اثبتنا
الاذن بالكتابة من حيث انه فك الحجر يثبت له اليد على منافعه فيملك الاعتياض عنها كما
يملك المكاتب وكان للاذن ان يعوض عن منافعه فلا يكون له ان يواجر نفسه اولى
لان الاجارة اقرب الى مقصود المولى من الاعارة وما ذكر الشافعي رحمه الله ينتقض بالحر فانه لا

Copyright © King Saud University

يملك بيع نفسه ولا يملك بيع منافعه قوله ولنا انه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه اشارة الى
ما قال في اول كتاب المأذون وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف
ولا يلزم ان المولى اذا اذن لعبده في نكاح امراة بعينها ليس له ان يتزوج غيرها مع انه الاذن فك
الحجر لان النكاح ليس من باب التجارة لان النكاح تصرف مملوك للمولى عليه ولا صحة له الا ان يولى
اما بولاية نفسه او غيره عليه والرق يخرجه من ان يكون اهلا للولاية على نفسه فكان نايبا عن
المولى في النكاح ولهذا قلنا ان المولى يجبر على النكاح وينفذ فيما على قدر انابته الاصل قوله
بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال الغير فان الوكيل بالبيع يتصرف في مال غيره والوكيل بالشراء يتصرف
في ذمة غيره لانه يثبت له حق الرجوع عليه ولم يكن للوكيل قبل التوكيل هذه الولاية وانما
استفادها بالامر فصار نايبا عن غيره فتصرف العبد يلاقي محله وهو ملكه والمتصرف في
ملكه لا يكون نايبا عن غيره بيانه ما ذكرنا ان اول التصرف بعد الاذن الشراء لانه لا يملك
شيئا ليبيعه وبالشراء يلزم الثمن في ذمته وهي مملوكة له ولهذا لا يملك الشراء بثمن يجب
في ذمة عبده قوله وحكم التصرف هو الملك اي ملك اليد واقع للعبد حتى كان له ان
يصرفه الى قضاء الدين والنفقة وما استغنى عنه يخلفه المالك فيه واذا كان الاذن من
المولى اسقاطا للحق لا انابة للعبد ينتاب بنفسه في التصرف فلا يعتبر تقييده بنوع دون نوع
كما اذا اوصى المستاجر ببيع عبد من زيد دون عمرو او سلم البايع المبيع الى المشتري قبل نقد
الثمن او على ان يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر التقييد لان ذلك
نوع فيه اسقاط لحق المبيع قوله ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة فيه لانه انما
يكون اسقاطا استخداما اذا امره بتصرف واحد اما اذا قال اشتر لي ثوبا وبعه يكون ماذونا
قوله لانه لو صار ماذونا ينسد عليه باب الاستخدام فان كل من اذن لمملوكه في شراء او فعل علم انه لو
او حمل غلبني وما اشبه ذلك يصير ماذونا في التجارة فبعد ذلك يصح اقراره على نفسه
بديون التجارة بحيث يستوي بذلك الشريفة وكسبه يمتنع عن استخدام مملوكه في ذلك فيفوت
عليهم مقاصدهم في الاستخدام فلهذه الضرورة جعلنا الاذن في بعضها اذنا في التجارة
وفي بعضها جعلنا استخداما فالفاصل بينهما اذا اذن له بعقود متكررة مرة بعد اخرى
يعلم ان مراده الربح فجعل ذلك اذنا في التجارة كما اذا قال اشتر لي ثوبا وبعه لانه امره
بعقود متكررة وكذلك لو قال بع هذا واشتر بثمنه كذا يصير ماذونا في التجارة واذا اذن
له بعقد واحد لا يصير ماذونا في التجارة بل يجعل استخداما كما اذا قال اشتر لي ثوبا للكسوة
لانه امره بعقد واحد فلا يكون هذا اذنا في التجارة فعلى هذا يخرج جنس هذه المسايل
بخلاف الاقرار بالحدود من المال لا بسبب التجارة كالاقرار بجناية على حر او عبد او بمهر وجب
عليه بنكاح جايز او فاسد او بشبهة فان اقراره باطل لا يؤاخذ به حتى يعتق لان فك الحجر

انما ظهر في حق التجارة وهذه الديون ما وجبت بسبب التجارة فصار اقراره فيها واقرار المحجور سواء
قوله وعلى هذا الخلاف الى قوله والاب والوصي ففي هذه الرواية نظر لانه ذكر قبل هذا في
كتاب المكاتب من هذا الكتاب ان لهما ان يزوجا امة الصغيرة بلا خلاف حيث جعل الاب
الوصي هناك في حق الصغير بمنزلة المكاتب والمكاتب ان يزوج امته لانه اكتساب لاستفادة
المهر وما ذكره في المكاتب اصح لانه موافق لعامة الروايات من رواية المبسوط والسير ومختصر الكافي
واحكام الصغار وذكر في باب نكاح العبد من المبسوط واذا زوج العبد امته وهو صغير
فذلك جايز وكذلك الوصي اذا زوج امة اليتيم وكذلك المكاتب اذا زوج امته وكذلك المفاوض
اذا زوج امة من الشركة لان تزويج الامة من عقود الاكتساب فانه يكتسب المهر ويسقط نفقتها
عنه وهو لا يملك الاكتساب وذكر في نكاح اليتيم ايضا ان للاب والوصي ان
يزوج امة الصغيرة ولا يملكان ان يزوج عبده فيحتمل ان يكون في المسالة روايتان قوله الا ان يجيز
المولى فيجوز اذا لم يكن عليه دين لان هذا عقد لم يجز حالة الوقوع فيتوقف على الاجازة ويكون الاذن
في الانتهاء كالاذن في الابتداء وبيانه ان كسب الماذون خالص ملك المولى فيملك مباشرة الكتابة
فيملك الاجازة قوله ولا دين عليه فيه لانه لو كان عليه دين كثير او قليل فالكتابة باطلة وان اجاز
المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من ان يكون كسبا للعبد وقيام الدين عليه يمنع المولى
من ذلك قل الدين او كثر كما لو اخذ منه ما بيده وعليه دين واذا لم يكن على العبد دين وكانت حين
فادى المكاتب جميع الكتابة قبل اجازة المولى لم يعتق لان ما اكتسبه قبضه المكاتب
غير بانه وان كان المولى اجاز الكتابة وعلى العبد دين يحيط بما له فهذا والاول سواء في قول
ابي حنيفة لان المولى لا يملكه فلا ينفذ اجازته واما عندهما فالمكاتب حر والمولى ضامن لقيمته
للغرماء والكتابة التي قبض العبد للغرماء يستوفونها ايضا لان ما ادى قبل الاجازة تعلق
به حق الغرماء والمولى بالاجازة كانه اعتقه فينفذ العتق وان لم يكن عليه دين يحيط عتق المكاتب
في قولهم وضمن المولى قيمته كذا في المبسوط قوله ويرجع الحقوق الى المولى وهي مطالبة
بدل الكتابة وولاية الفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق قوله ولا يعتق على مال لانه لا
يملك الكتابة مع ان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم فاولى ان لا يملك الاعتاق على مال لانه اعتاق
في الحال لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه اشارة الى قوله استجلابا للقلوب المجاهزين قوله يباع
للغرماء اي يبيعه القاضي وهذا على قول ابي يوسف ومحمد لان الدين لو كان على المولى
فامتنع عن قضائه كان للقاضي على قولهما ان يبيع عليه ماله بغير رضاه ويقضي دينه اما
اذا كان الدين على العبد اولى لان دين العبد متعلق بالعبد ودين الحر يتعلق بما له ما لم يجز في
مرض الموت وانما يشكل على اصل ابي حنيفة لان من اصله ان الحر اذا ركبه ديون وامره
القاضي بايفاء الديون ولم يصرف ولد اذا ان يبيع عليه ماله بغير اذنه ليس له ذلك بل يجبره على

Copyright © King Saud University

البيع وبقضاء الدين بالحبس حتى يبيع بنفسه والجواب عنه ان ابا حنيفة رح انما قال في الحر لا يبيع
القاضي عليه ماله لما فيه من الحجر عليه فانه كان يملك بيع ماله بنفسه فاذا باع عليه القاضي بغير
اذنه كان حجرا عليه وابو حنيفة رح لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما البيع في بيع المأذون على المولى
بغير رضاه حجر على المولى لان المولى قبل ذلك محجور عن بيعه فانه لو باع العبد المديون بغير رضاء
الغرماء لا ينفذ واذا كان محجورا عن بيع العبد قبل بيع القاضي لم يكن بيع القاضي حجرا عليه فكان
هذا بمنزلة التركة اذا كانت مستغرقة بالدين كان للقاضي ان يبيع التركة على الورثة اذا امتنعوا
عن قضاء الدين من مالهم بغير رضاهم ولم يعتبر ذلك حجرا على الورثة لانهم كانوا محجورين عن
بيع التركة قبل ذلك حتى كانت مستغرقة بالدين بغير رضاهم بغرمائه فكذا هنا فان قيل
يشكل ببيع الكسب فانه يبيع الكسب على العبد بغير اذنه والعبد كان يملك بيع الكسب كالحر المديون
فكان يجب ان لا يبيع الكسب بغير رضاء العبد بل يحبسه حتى يبيع قلنا الجواب عنه ان ابا حنيفة
رح انما لا يرى الحجر على الحر المكلف فاما يرى الحجر على العبد الا ترى ان المولى يحجره فكذا جاز
حجر القاضي عليه ببيع الكسب هذا اذا كان المولى حاضرا فاما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد
حتى يحضر المولى فان الخصم في رقبة العبد المولى دون العبد الا ترى لو ادعى انسان في
رقبة العبد حقا فان العبد لا ينتصب خصما لذلك فاذا كان الخصم هو المولى لم يجز
البيع الا بحضرته او بحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يباع بالديون واذا كان المولى غائبا
لان الخصم في الكسب هو العبد دون المولى الا ترى لو ادعى انسان في كسبه حقا كان الخصم
في ذلك هو العبد واذا كان العبد خصما في حق الكسب يشترط حضرة العبد قوله الا ان
يؤدي المولى اي يؤدي جميع الديون ولم يؤد ادا قيمته وهذا لان حق الغرماء هو الدين
فاذا استوفوه لم يبق لهم حق المطالبة بالبيع قوله وذلك في تعلق الدين بكسبه ان لم يحصل
ماله بكون التفويت بما كان في تعلق الدين بكسبه لا برقبته بخلاف دين الاستهلاك
فانه يباع فيه لانه لا تعلق له بالاذن فان وجوبه بالجناية وقبل الاذن يباع بدين الاستهلاك
فكذا بعده قوله حامل على المعاملة اي حامل للغير على معاملة المأذون وبخدم الغرض في حقه
اي في حق المولى كالبيع والشراء نظير قوله دين وجب بالتجارة وقوله والاجارة والاستيجار
الى اخره نظير قوله او بما هو في معناه وصورة وجوب الدين بالبيع هو ان يبيع ويستحق
المبيع والثمن هلك في يده قوله والاجارة بان يستعجل الاجرة ثم هلك المستاجر قبل
تمام المدة قوله والامانات اذا جحدها ذكر الامانات بعد ذكر الودايع لان الامانة اعم
من الوديعة ومن انواع الامانات مال المضاربة والعارية والبضاعة ومال الشركة فان
هذه الاشياء عند الجحود بها ينقلب غصبا فكان الضمان الواجب بهذه الاشياء ضمان غصب
لان الامين يصير غاصبا للامانة بالجحود قوله وما يجب من العقد بوطي المشتراة بعد

الاستحقاق

الاستحقاق لاستناده الى الشراء فانه لولا الشراء لوجب عليه الحد ولم يجب عليه العقر وسواء ثبت
باقراره او بالبينة قوله كيلا يمتنع البيع يعني لو المشتري اذا علم ان العبد الذي يباع في دين
ثانيا بدون اختياره كما في حق المولى للاذن في التجارة يمتنع عن شرائه فيمتنع البيع الاول
فيتضرر به الغرماء فلذلك قلنا انه لا يباع ثانيا قوله دفعا للضرر عن المشتري لان المشتري
لم ياذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك لكان على المشتري
الضرر بدون التزامه بخلاف المولى الاول فانه اذن له في التجارة فكان ملتزما باذنه ضررا على
نفسه قوله وللمولى ان يأخذ غلة مثله يعني الدين ان للمولى ان يأخذ الغلة وهي الضريبة التي يضرب
المولى على عبده من كل شهر مع قيام الدين عليه استحسانا والقياس ان لا يجوز لان الدين
يقدم على حق المولى في الكسب وجه الاستحسان ان في ذلك نفع الغرماء لان حقهم يتعلق
بكاسبه ولا تحصل المكاسب الا ببقاء الاذن في التجارة فلو منعنا من اخذ الغلة يحجر عليه فينسد
باب الاكتساب قوله كما في تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام فان الذمي اذا اسلم ولم يعلم
بوجوب الصلوة عليه حتى مضى زمان يلزمه القضاء لانتشار حكم الخطاب في دار الاسلام
والحربي اذا اسلم في دار الحرب لا يلزمه القضاء ما لم يعلم لان حكم الخطاب غير منتشر في
دار الحرب قوله وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لبقائه حكم الابتداء وهو الاصل لانه
اذا كان التصرف غير لازم كان له ولاية الفسخ في كل ساعة فكان تركه عن الفسخ بمنزلة
ابتداء العقد فاذا كان كذلك فلا بد من قيام اهلية الاذن في حالة البقاء كما يشترط
للابتداء قوله وصار كالغصب معناه لو اذن المولى العبد المغصوب يصح ولو غصب
العبد المأذون لا يبطل الاذن فههنا كذلك ذكر في الذخيرة جواب الغصب على التفصيل
فقال اما الغصب هل يمنع ابتداء الاذن فالجواب فيه على التفصيل ان بقي للمالك امكان
الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كان للمالك بينة حاضرة عادلة لا يمنع ابتداء الاذن لانه اذا
بقي له امكان الاخذ بان كان الغاصب مقرا او كان للمالك بينة كانت ولاية البيع في كسبه ورقبته
فيصح الاذن فكذلك يبقى الاذن وان لم يبق للمالك امكان الاخذ بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن له
ذلك بينة الحجر لزوال ولاية البيع في كسبه ورقبته فيمنع بقاء الاذن ايضا وان عاد العبد من
الاباق هل يعود الاذن لم يذكر محمد رح هذا الفصل والصحيح انه لا يعود كذا في النهاية قوله
لان الصريح قاض على الدلالة لانه صريح بخلاف الدلالة وهي ان الانسان يحصن امه ولا
العادة وانما يعتبر العادة عند عدم التصريح بخلافها فاما مع التصريح بخلاف العادة فلا
كتقديم المائدة بين يدي انسان يجعل اذنا في الاكل عادة الا اذا صرح وقال لا تاكل فان قيل
كيف بطل اذنها صريحا بدلالة منع ابتداء الاذن والشيء لا يبطل بما دونه قلنا لانه باذنها
هاهنا هذا وهن منك ولئن سلم بقاء الاذن بالاستصحاب فلا يكون ثابتا بدليل وهذا

Copyright © King Saud University

المحجور بثبت بالملك فكان اقوى قوله لما قررناه في ام الولد وهو قوله لانه لا فرق محلا تعلق به حق
الغرماء قوله واذا حجر على الماذون فاقراره جايز لحلاف فيما اذا بيع الماذون فانه لا يجوز
اقراره فيما انتزع المولى من يده قبل الاقرار وقوله من المال الحجر لانه لا يصح اقراره في
حق الورثة بعد الحجر بالاجماع قوله لا يد المحجور غير معتبرة اي فيما هو من كسبه او فيما
عرف انه مال المولى واذا لم يكن كذلك فيده معتبرة ولهذا استودع عبده محلا وديعة
ثم غاب لم يكن لمولاه ان ياخذ الوديعة ما دام كان العبد محجورا ولو لم يكن لليد
المحجور اعتبار لما اشترط حضرته ولكن لا اعتبار ليده في كسبه وفيما علم انه للمولى وفي نظر
السادس عشر من وديعة الذخيرة وهذا اذا لم يعلم المودع لان الوديعة كسب العبد اما
اذا علم انه للمولى وفي فصل كسب العبد ظاهر في حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم انها كسب
العبد ولكن علم انها مال المولى كان للمولى ان ياخذ قوله لانه يثبت الملك نظر للموروث وهذا
لان صرف اكسابه الى الغرماء لناس انه نظر في حقه لكيلا يتعطل سعيه في دار الدنيا ويبقى
على المدين مستغرقا فالنظر في هذه لان قضاء الدين فرض عليه وانه حايل بينه وبين دخول الجنة
واما ملك المولى كسب عبده ليس باعتبار نظر العبد بل باعتبار انه سبب وقوع الملك له في تمام
الرقبة وهذا المعنى تام بعد الاذن وثبوت الدين ولابي حنيفة رحمه الله ان ملك المولى انما يثبت
خلافة عن العبد بعد الفراغ من حاجته ملك الوارث لان الكسب في الاصل ملك المكتسب
لانه اهله غير ان بعد فراغه عن حاجته ولهذا لو امتنع المولى عن الانفاق عليه امر العبد بالكسب
الانفاق على نفسه وما فضل عن حاجته ولهذا لو امتنع المولى ... فالانه وجب
الملك في كسبه وهو قيام ملك الرقبة ينقض بالمكاتب فان ملك الرقبة موجود ولا يملك المولى
اكسابه والماذون بمنزلة المكاتب مجازا لانه لا يملك لقيام المانع وهو حاجته الى قضاء دينه لا
لما صار بمنزلة الحر في حق الحر المديون لا يستحق وارثه تركته لحاجته الى قضاء الدين فكذا
هنا قوله وله ان ملك المولى انما يثبت خلافة عن العبد فان قيل المولى كيف يتلقى الملك
من العبد بجهة الخلافة والعبد ليس باهل لملك المال وشرط الخلافة بقوة الاصل قلنا
العبد ليس باهل الملك مستقرا ولكنه اهل الملك ينتقل الى غيره اذا فرغ عن حاجته وهذا لان
العبد من حيث انه ادمي بمنزلة الحر ومن حيث انه مال مملوك كالبهيمة ولو كان حرا مطلقا
لملك المال تمليكا مستقرا مطلقا ولو كان بهيمة لم يملك اصلا فقلنا بانه يملك ملكا ينتقل عملا
بالشبهين قوله وكذا عنده اي في قول الاخر وفي قوله الاول لا يملك ولا يصح اعتاقه لان
الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن قوله ولهذا لا يمنع
ملك الوارث اي في القول الاخر قوله وان باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز اي اذا باع الماذون
المديون شيئا من اكسابه من المولى شيئا بنقصان لم يجز عندنا لابي حنيفة رحمه الله فاحشا كان الغبن

الشرف في المبدوم

ثم في ... المولى او لا انه اذا لم يكن مديونا لا يجوز للعبد قوله ...

اويسيرا

اويسيرا وعندهما جاز البيع فاحشا كان الغبن اويسيرا ولكن يخير المولى بين ان يزيل الغبن
بين ان ينقض البيع قوله وهو ذلك اي وجه الجواز مع التخيير قوله وهذا لان الفرقان على
اصلهما لان ابا حنيفة رحمه الله لم يجز البيع من المولى لا بالغبن اليسير ولا بالغبن الفاحش ليحتاج
الى هذين الفرقين وانما يحتاج الى فرق واحد وهو ان جواز بيع العبد من الاجنبي بالغبن
الفاحش وعدم الجواز من المولى والفرق ما ذكر في الكتاب على اصلهما يحتاج الى الفرقين احدهما
في حق المحاباة اليسيرة بين المولى والاجنبي حيث لا يؤمر الاجنبي بازالة المحاباة والمولى يؤمر عندهما
والثاني في حق المحاباة الفاحشة بين المولى والاجنبي حيث لا يجوز بيعه من الاجنبي مع المحاباة
اصلا عندهما ويجوز بيعه من المولى مع المحاباة الفاحشة ولكن يؤمر المولى بازالة المحاباة ههنا
الى كما في اليسيرة وهذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وقيل الصحيح ان قوله كقولهما لان المولى
بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا يتمكن به ذلك بالبيع اولى وصار العبد
في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون في تصرفه مع الاجنبي قوله لان المولى اجنبي عن كسبه هذه
النكتة على قول ابي حنيفة رحمه الله والنكتة الثانية وهو قوله ولانه متعلق على قولهما او على قول الكل قوله
بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه يتعين وجاز ان يبقى حقه متعلقا بالعين والمولى احق بذلك
من الغرماء ولانه بما احق بملك العوض بعينه ولا يجب بين يديه وبجواز ان يكون على ملكه في
يد عبده وهو احق به من الغرماء كما لو غصب شيئا من ماله او اودع مالا عند عبده قوله اذا
كان يتعلق بالعين كالمكاتب كما كان للمولى تعلق بقيمتها فان تعذر عليه بدل الكتابة وكذلك
المستسعى عند ابي حنيفة رحمه الله قوله ولو باعه باكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة او نقض البيع
كما بينا في جانب العبد كذا ذكره شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح المبسوط من غير ذكر الخلاف
ويحتمل ان يكون البيع فاسدا عند ابي حنيفة رحمه الله على قول بعض المشايخ كما في الفصل الاول وهو
منصوص عليه في المحيط قوله فيخير والى الضمان ثم ان ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن
على البائع لان استرداده بالقيمة منه كاسترداد العين وان ضمنوا البائع ضمنوا قيمته ثم البيع
الذي يجري بين البائع والمشتري لنفاذ المانع قوله والاجازة اللاحقة كالاذن السابق
فان قيل يشكل بما اذا كفل رجل عن غيره بغير اذنه ثم اذن المكفول له لا يرجع الكفيل عليه
قلنا لانه لا يحتاج الى الاذن فلا يؤثر الاذن فيها ولا كذلك هنا فان البيع يتوقف نفوذه
على اجازة الغرماء قوله كما في المرهون اي الراهن اذا باع المرهون ثم اجاز المرتهن البيع قوله
واعلم بالعيب اي اعلم البائع بالعيب المشتري بان هذا العبد الذي ابيعه مديون وفائدة الاعلام
سقوط خيار المشتري بسبب الرد بعيب الدين حتى لا ينفسخ البيع لان ما فيما بين البائع والمشتري
وان لم يكن لازما في حق الغرماء اذا لم يكن في ثمنه وفاء بديونهم قوله فالاول تام موضحا لي
ضمان الاستيفاء والثاني ناقض مجمل هذا اذا لم يكن في الثمن وفاء بديونهم قوله قالوا تاويله

اذا لم يصل اليهم الثمن فان يصل ولا محاباة ليس لهم ان يردوا اى ليس للغرماء ان يردوا هذا الكلام يقتضى
الا لا يكون للغرماء حق نقض البيع اذا وصل اليهم الثمن والبيع بمثل القيمة وان لم يكن في الثمن
وفاء بديونهم وما ذكر الامام قاضيخان رحمه الله وغيره وهو قوله تاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم
لانه كان لهم حق الاستيفاء الى ان يصل اليهم ديونهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستيفاء من ذلك
المشترى فكان لهم ان ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بديونهم لا يكون لهم ولاية نقض
البيع يدل على ان لهم حق النقض اذا لم يكن وفاء بديونهم وفي النهاية وفي هذا اللفظ نوع نظر
اذ كان من حقه ان يقال تاويله اذا باع بثمن لا يفي بديونهم كما هو المذكور في باب جناية العبد
من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام رحمه الله وما ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان وفي الذخيرة
قوله فاذا كان البيع غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع في رقبة العبد بلا خلاف حتى يحضر
المشترى لان الملك في العبد للمشترى وابطال ذلك بغير حضوره لا يمكن فما لم يبطل ملك المشترى
لا يكون الرقبة محلا لحق الغرماء الا ان لهم ان يضمنوا البائع قيمته لانه بالبيع والتسليم صار
مفوتا محل حقهم قوله معناه اذا انكر الدين واما قيده لانه اذا اقر المشترى بدينهم وصدقهم
في دعوى الدين كان للغرماء ان يردوا البيع بلا خلاف كما ذكره الامام المحبوبي رحمه الله قوله وان
لم يحضر شهر اى شهرته [illegible] علمه قوله لا تقبل قوله في الرقبة اى في حق بيع الرقبة لان بيع
الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة الا ترى انه اذا اذن المدبر وام الولد صح مع انهما لا
يباعان وهما ما نحن فيه بخلاف الكسب فان قضاء الدين من كسبه من لوازم الاذن في
التجارة لانه حق العبد قوله على ما بيناه وهو ما ذكر قبل هذا ويتعلق دينه بكسبه الى ان قال
لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد فصل لما فات [illegible]
عليه سمته الحجر [illegible] القدرة وهما متضادان فلا يجتمعان قوله بخلاف الصوم والصلوة
اى الصوم التطوع والصلوة النفل حيث يصحان منه قوله وكذا الوصية على اصله اى الوصية
باعمال البر من اصله ان كل تصرف لا يتحقق من الولي في حقه يصح تصرف الصبي فيه بنفسه وما
يتحقق من المولى فلا يصح مباشرة الصبي فيه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة والضرورة تندفع
بما يتصرف فيه الولي قوله صدر من اهله الاهلية للتصرف بالتكلم عن تميز وبيان لا عن تلقين
وهذيان فان قيل الاهلية بالبلوغ عن عقل ولهذا لا يتوجه خطابات الشرع قبل البلوغ
وذلك لان العقل والتميز امر باطن فاقام الشرع البلوغ مقامه قلنا الاهلية بالعقل
والتميز ويستدل بالبلوغ على كماله واعتبار الرواية [illegible] الولي دليل عليه ولا تزاحم في الاسباب
الا ان الصبي مظنة المرحمة والخطابات تنفذ وصحة العبارة نفع محض اذ الادمي به يتميز
ويتميز من غيره ولهذا اعتبرت الولاية في المعاملات دون خطاب الشرع قوله عن ولاية
شرعية وهو الولاية الثابتة بواسطة الملك المطلق الحاجر قوله لعدم الهداية اى في امور التجارة

قوله ويتقيد

قوله ويتقيد ولايته جواب عن قول الشافعي رحمه الله ولانه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فاجاب
ان تقيد ولايته لنظر الصبي لتوسع طريق النيل والاصابة وليتوفى في المصلحة بطريقين بمباشرة الولي و
بمباشرة الصبي وتمكنه من حجره لاحتمال تبدل الحالة من الهداية الى غيرها ومتى جعلناه وليا باعتبار
اصل الاهلية ولم يجعل فيه موليا عليه باعتبار قصور الاهلية لم يجعله وليا فيه والحاصل ان الصبي
مستحق للنظر مصون عن الضرر والتصرفات انواع ثلثة ضار محض كالطلاق والعتاق والهبة والصدقة
فلا يملكه الصبي وان اذن له المولى ونافع محض كقبول الهبة والصدقة فيملكه بغير اذنه ودائر بين النفع
والضر كالبيع والشراء والاجارة والنكاح فيملكه بالاذن ولا يملكه بدونه لان الصبي العاقل يشبه
البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه الطفل الذي لا عقل له من حيث انه لا يتوجه عليه الخطاب
وفي عقله قصور فللشبه الاول الحقناه بالبالغ في النافع المحض وبالطفل في الضار المحض
فيما هو دائر بينهما بالطفل عند عدم الاذن وبالبالغ عند الاذن لرجحان جهة النفع على الضرر
بدلالة الاذن ولكن قبل الاذن يكون منعقدا موقوفا على اجازة الولي لان فيه منفعة للصبي
مهتديا الى وجوه التجارات عارفا بانواع المعاملات ممتازا عن الصبيان حتى يبلغ فاجازة
ينفذ عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لانه توقف على اجازة وليه [illegible] قوله بخلاف صاحب الشرط
في المغرب الشرط بالسكون والحركات خيار الجند [illegible] بالجمع شرط وصاحب
الشرط [illegible] امير البلدة كامير التجارة [illegible] الوالي اكبر من صاحب الشرط لان المولى تقليد القاضي
فلذلك ثبتت ولاية اذن الصبي للوالي دون صاحب الشرط وفي المبسوط ثم صحة الاذن له من وليه
وولية ابوه ثم وصي الاب ثم الجد اب الاب ثم وصيه ثم القاضي او وصي القاضي فاما الام او وصي الام فلا
يصح منهم الاذن في التجارة لانه ليس لهم في التصرفات مطلقا بل كان هو كالاجنبي الا فيما يرجع الى
حفظه ولهذا لا يملك بيع عقاره وانما جاز بيع وصي الام العروض التي ورثها الصغير من الام بطريق
التحصيص والحفظ على الام الميتة وعلى الصغير لا للتجارة حتى لو اشترى شيئا اخر للتجارة لا يجوز
ولعينه [illegible] الاذن تحصين وحفظ قوله يصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا بموروثه في ظاهر
الرواية قيد بالظاهر الرواية لانه روى الحسن عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح اقراره فيما ورثه
عن ابيه لان صحة الاقرار في كسبه لحاجته الى ذلك في التجارات حتى لا يمتنع الناس عن المبايعة
معه خوفا عن اتوى اموالهم ولهذا ملكوا انه لم يملك الولي الاقرار عليه وجه الظاهر انه بانفكاك
ذاك الولي نفسه التحق بالبالغ وكل واحد من المالين ملكه فارغ من حاجته فيصح اقراره فيهما
قوله ولا يملك تزويج عبده في اجماع وفي تزويج امته خلاف ابي يوسف رحمه الله فانه يجوز عنده
قوله ولا كتابته وانما لا يملكهما مع ان الاب والوصي يملكانهما لان تصرفهما مقيد بشرط النظر
فتحقق في الكتابة النظر واما تصرف الصبي بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة
قوله دون غيرهم ان من الاقارب كالاخ والعم وفائدة هذا التقييد انه يصح اذننا بالاذن

Copyright © King Saud University

القاضي كالمرو ونحو الصبي

كتاب الغصب

في اللغة اخذ الشيء بعينها لا اعتراض او يقال غصب نفحة فلان وولده **قوله** محرم احترازا عن غصب مال الحربي في دار الحرب **قوله** حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا ايضاح لقوله على وجه يزيل يده لانه بالاستخدام او الحمل اثبت يد المغصوب عليه وذلك يوجب زوال يد المالك عنه دون الجلوس على البساط لانه لم يوجد فيه النقل والتحويل والبسط فعل المالك وقد بقي اثر فعله في الاستعمال فلم يكن الغاصب مزيلا يده و على قول الشافعي رح ازالة يد المالك عن المغصوب ليس بشرط بل اثبات يد العدوان عليه كاف لتحقق الغصب ثمرة الاختلاف تظهر في زوائد المغصوب نحو ولد المغصوبة وثمرة البستان فانها ليست بمضمونة عندنا لانعدام حد الغصب الذي ذكر وانكان بدون العلم بان ظن ان الماخوذ ماله او اذا اشترى عينا ثم ظهر استحقاقه لان الضمان انما يجب جبرا لحقه بتفويته وحقه مرعي وانكان الآخذ معذورا بجهله وعدم قصده **قوله** ولا اثم لان الخطا موضوع لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان والمراد المأثم وقد قال الله تعالى ليس عليكم جناح فيما اخطاتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم **قوله** ولهذا الوصف الحادث يوجد بجنسه له ذلك اي لوكانت القيمة ثابتة بمجرد الانقطاع لكان يجبر على قبول القيمة لو اتى بها الغاصب لانه يمكن له من الصبر الى مجي اوان المثل حيث لم يجبر ولما ذلك على ان النقل انما يثبت بالقضا **قوله** معناه العدديات المتقاربة كالرمان والبطيخ والسفرجل و كالثياب والدواب المتفاوتة كالجوز والبيض لا عبرها داخل وان توسط حرف العطف بينهما اي لا يريد معرفته ولكن يريد ادخال الغنط على اخيه فهو للعطف مذهب الراوية حاصل فادخال الغنط على اخيه **قوله** ويظهر ذلك في بعض الاحكام فلهذا لو ابرا عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولو لم يكن الضمان ولولا ان الموجب الاصلي القيمة لما صح الابراء لان الابراء عن العين لا يصح ولو كفل بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفالة بالعين ولو غصب جارية قيمتها الف فعلم الف نفذ وحال عليها الحول فانه لا يجب الزكوة على هذا الالف لانه صار مديونا ولا يجب الزكوة على المديون **قوله** و الغصب فيما ينقل ويحول النقل والتحويل واحد كما في قوله تعالى فيو من قنوط ويقال التحويل يستعمل في النقل من مكان واثباته في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل بدون الاثبات في مكان **قوله** واذا غصب عقارا فهلك في يده بان غلب السيل على الارض فبقيت تحت الماء او غصب دارا فهدمت بآفة سماوية او جاء سيل فذهب بالبناء لم يضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقال محمد رح يضمن **قوله** لتحقق اثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة وحاصل هذا التعليل لقول محمد رح وعند الشافعي رح لتحقق الغصب باثبات اليد المبطلة وتعليل قول محمد رح على هذا الوجه يدله

سكان

على ان الاختلاف بينهما في حد الغصب انه ازالة اليد المحقة او اثبات اليد المبطلة لكنا نقول ان الغصب عند محمد رح اثبات يد العدوان كما قال الشافعي رح اثبات يد العدوان كما قال الشافعي رح اذ لو كان كذلك لما تفرعوا بها في زوائد المغصوب **قوله** وجحود الوديعة اي في العقار يعني اذا كان العقار وديعة في يد محمد رح كان ضامنا بالاتفاق وكذا الغصب على ما يجي **قوله** فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي فان ذلك لا يكون غصبا حتى لو هلك المالك حتى تلفت مواشيه لا يضمن كذا في المبسوط **قوله** وهو الغصب اي النقل هو الغصب لانه بدل لك لا يتحقق ازالة يد المالك عن ذلك المنقول واثبات يد الغاصب فيه فيتحقق الغصب **قوله** ومسئلة الجحود ممنوع لانه ذكر في المختلفات ما الوديعة لو كانت عقارا لا يضمن وذكر في المبسوط والاصح ان نقول الجحود الوديعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح ولو سلم فالضمان هنا لترك الحفظ الملتزم او لقصر يد صاحب بالجحود لان صاحبه لا يتوصل الى الوديعة بعد جحوده حتى اذا كانت الوديعة بساطا لم ينقله و حبس عليه جاحد الوديعة لم يضمن لانه متى كان ظاهرا لم يصر صاحبه مقصورا بالجحود نفسه وما نقص منه بفعله وسكناه ضمنه في قولهم جميعا وذلك بان هدم بناء او انهدم بسكناه لانه متلف لما انهدم بفعله والعقار يضمن بالاتلاف لان الاتلاف يتحقق فيه كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين وجاز ان لا يضمن بالغصب ويضمن بالاتلاف كالحر ويدخل فيما قال الراعي فيما قال القدوري في مختصره وهو قوله وما نقص منه بفعله وسكناه قوله اذا انهدم الدار بسكناه وعمله بان كان عمله الحدادة والقصارة فوهن جدار الدار بذلك و انهدم كان مضمونا عليه وانما قيد الانهدام بسبب سكناه وعمله في الضمان لانه اذا انهدمت الدار بعدما غصبها وسكن فيها لا بسبب سكناه وعمله لا ضمان عليه في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الاخر لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في العقار عندهما اذ الحكم ينبني على السبب كذا في غصب المبسوط **قوله** فلا بينة لصاحب الدار انما قيد به لانه لو كان له بينة لا يضمن البائع بالاتفاق لانه قادر على ان يقيم البينة على انها ملكه ويأخذ الدار من المشتري **قوله** فهو على الاختلاف هو الصحيح ذكر شمس الائمة السرخسي رح في المبسوط فانكان غاصب الدار باعها وسلمها ثم اقر بذلك وليس لرب الدار بينة فاقراره في حق المشتري باطل لان المشتري صار مالكا بالشراء من حيث الظاهر فلا يقبل قول البائع بعد ذلك في ابطال ملكه ثم لا ضمان على الغاصب للمالك في قول ابي حنيفة وابي يوسف رح الاخر لانه مقر على نفسه بالغصب فان البيع والتسليم غصب الغصب الموجب للضمان عندهما لا يتحقق في العقار وذكر محمد رح في كتاب الرجوع عن الشهادات انهم اذا شهدوا بدار لانسان وقضى القاضي ثم رجعوا ضمنوا قيمتها للمشهود عليه فقيل ذلك قول محمد رح لان تسليمهم الحكم

Copyright © King Saud University

على الاذا بالشهادة كتسليط الغاصب الغير على الاذا بالبيع والتسليم اليه وقيل بل هو قولهم والفرق
وبين الفصلين لهما ان الضمان الواجب بالشهادة ضمان اتلاف فان
اتلاف الملك عن المشهود عليه قد حصل بشهادتهم حتى لو اقام
البينة على الملك لنفسه لا يقبل منه والعقار يضمن بالاتلاف وهنا اتلاف الملك لم يحصل بالبيع
والتسليم لهم بل يعجز المالك عن اثبات ملكه بالبينة الا ترى انه لو اقام البينة على انها ملكه يقضى له
بها ولهذا لا يكون الغاصب ضامنا **قوله** فاذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان اختلفوا في تاويل
نقصان الارض قال نصير بن يحيى في نقصان الارض انه ينظر بكم يستاجر هذه الارض قبل
استعمالها وبكم يستاجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما نقصان الارض وقيل يرجع محمد بن سلمة
الى قول نصير كذا في الفصل الثالث من مزارعة التتمة وفيها ايضا ان من دفع ارض الغير بغير اذنه
بغير عقد مزارعة هل لصاحب الارض ان يطالبه بحصة الارض قال شيخ الاسلام ابو الحسن
نعم ان كان عرف اهل تلك القرية انهم يدفعون ارض الغير على وجه المزارعة من غير عقد
وانت وفي فتاوى الفقيه ابي الليث ان الزرع للمزارع في هذه الصورة وعليه نقصان
الارض ان كان الارض قد انتقصت بسبب الزراعة **قوله** فياخذ راس ماله وهو البذر وما
انفق وقدر ما غرم من النقصان وصورته اذا غصب ارضا فزرع فيها كرا فاخرجت
اربعة اكرار ونقصها الزراعة ما يبلغ قيمته كرا ولحقته من المؤنة ما يبلغ كرا فاخذ منه
ضمان النقصان فانه يتصدق بكر لانه زرع كرا ولحقته مؤنة كر وضمن كرا فلم يبق الا الفضل
الخارج عن راس ماله بكر فيتصدق به لانه ربح ما لم يملك فقال ابو يوسف لا يتصدق به لان
المنهي ربح ما لم يضمن وهو قد ضمن **قوله** وسنذكر الوجه من الجانبين اي في هذا الفصل
في مسئلة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة **قوله** وعند العجز عن رده يجب القيمة
هذا على قول من يقول بان الواجب الاصلي في الغصب من غصب عينا رد العين وسقط ذلك
السبب على قول من يقول بان الواجب الاصلي في الغصب رد العين مخلص **قوله** وان نقص
في يده ضمن النقصان اي اذا لم يجبر نقصانه بالزيادة بسبب النقصان سواء كان ذلك النقصان
في بدنه بان كانت جارية فاعورت او كانت شابة فصارت عجوزا او ناهدة الثديين فانكسر
ثديها او لم يكن في بدنها كما لو غصب عبدا محترفا فنسي ذلك عند الغاصب او كان قاريا فنسي القرآن
قوله بخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب لانه لا يضمن لان تراجع السعر بسبب اختلاف
مكان اختلاف الغصب فللمالك الخيار بين اخذ القيمة وبين الانتظار الى الذهاب الى ذلك
المكان فيستوفيه وفي الايضاح ولو غصب منه عينا فنسيت في يده واحدا والعين لم يعب والقيمة في
من مثل القيمة في مكان الغصب واكثر فللمغصوب منه ان ياخذها ولا يطالب بالقيمة لانه
وصل اليه عين حقه من غير ضرر وصل اليه ولو كان السعر في هذا المكان اقل من السعر في مكان

الغصب

الغصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء اخذ القيمة في مكان الغصب وان شاء انتظر لانه اذا اخذ
العين فقد وصل اليه عين ملكه مع ضرر يلحقه من قبل الغاصب هو النقل الى هذا المكان فكان
له ان لا يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة وله ان ينتظر بخلاف ما اذا رجعه في البلد الذي غصبه فيه
وقد نقص السعر حيث لا يكون خيار لان النقصان ما حصل بفعل يضاف الى الغاصب وانما
هو لمعنى يرجع الى فتور رغبات الناس فلم يضمن **قوله** بخلاف المبيع فان البيعة اذا اعورت
في يد البائع ولا يحبسه في مقابلته ولكن يتخير المشتري بين ان ياخذها بكل الثمن او يتركها لانه
ضمان عقد والعقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف اما ضمان الغصب فيتعلق بالفعل والفعل
حل الذات بجميع الاجزاء والاوصاف فكانت مضمونة **قوله** ومن غصب عبدا فاستغله
واخذ غلته فنقصته الغلة اي العمل في التجارة **قوله** فعليه النقصان لما بينا اراد به قوله لانه دخل
جميع اجزائه في ضمانه بالغصب **قوله** وما فضل له فيتصدق به كما اذا اشترى جارية
بيعا فاسدا فتقابضا وباعها وربح فيها يتصدق بالربح لتمكن الخبث في الربح على ما مر في فصل
احكام البيع الفاسد **قوله** لان الخبث لاجل المالك هنا جواب سؤال ذكره في المبسوط حيث
قال **فان قيل** القيمة دين في ذمته وهذه الغلة ملكه ولكن هي واجب التصدق فكيف تصرفها في
نفسه فيه حيث قال الصدقة كان عليه ان يتصدق بمثله **قلنا** نعم ولكن التصدق بها لم يكن حتما
عليه الا ترى انه لو سلم الغلة الى المالك مع العبد كان للمالك ان يتناولها فليس للغاصب شيء
اخر وهو ما صنع يصرفها الى المالك ثم يصير المالك مبرئا عن ذلك القدر من القيمة لما قبضه
فيزول الخبث بهذا الطريق فلا يلزمه التصدق **قوله** بخلاف ما اذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق
اي الغاصب باع المغصوب واخذ ثمنه فاستهلكه ومات العبد عند المشتري فضمن المالك المشتري
قيمته رجع المشتري على الغاصب بالثمن لبطلان البيع باسترداد القيمة منه ثم لا يستعين الغاصب
في اداء الثمن لان الخبث في الغلة ما كان لحق المشتري فلا يرتفع بالوصول اليه بخلاف الاولى
فان الخبث لحق المالك فيرتفع بحصول الغلة اليه **قوله** وقت الاستعمال اي وقت استهلاك الثمن
قوله وقد مرت الدلائل اي في المسئلة التي قبلها وهي مسئلة من غصب عبدا فاستغله فنقصته
قوله ثم هذا ظاهر اي عدم طيب الربح **قوله** فيما يتعين بالاشارة كالعروض **قوله** كالنقدين اي
كالدراهم والدنانير **قوله** وقال مشايخنا لا يطيب قبل ان يضمن اي لا يطيب له يتناول من المشتري
قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة
وحاصله انه متى استفاد بالحرام ملكا من طريق الحقيقة او الشبهة يثبت الخبث ولا يثبت في الدراهم
الا الشبهة لانه اذا اشار اليها ونقد منها لا في حكم جواز العقد لمعرفة النقد والقدر واذا نقد استفاد
سلامة المشتري واذا اشار اليه وعلم استفاد بالاشارة جواز العقد لمعرفة النقد والقدر فيدفع
او درهم اوجياد فردى بالمعقود واذا نقد منه لم يثبت استفادها سلامة المشتري فكانما

عنها عوضا فلا يثبت انه لا يثبت الا المتيقن وقد استوت الوجوه في الشبهة فاستوت في الجنس **قوله**
لان الربح انما يحصل عند اتحاد الجنس ولا تجانس بالتساوي فلا فضل ولان الخبث يعمل في المتصدق
لا في التضمين اذ الانسان لا يضمن باتلاف ملك نفسه ولا يمكن التصدق هنا الا بواسطة التضمين
ولا سبيل الا التضمين فسقط اصلا **فصل** فيما يتغير بعمل الغاصب حتى يزال اسمها احترز عما
اذا غصب شاة فذبحها لانه فات اعظم المنافع وهو الدر والنسل ولكن لم يزل اسم الشاة لانه
يقال شاة مذبوحة **قوله** واعظم منافعها كما اذا غصب حنطة وطحنها لان المقاصد المتعلقة بعين
الحنطة تزول بالطحن وهو جعلها بذرا وهريسة وكشكا وغيرها **قوله** زال ملك المغصوب عنها
اي يجب القيمة في الشاة اذا ذبحها او شواها على الغاصب وفي الحنطة اذا طحنها المثل ويزول ملك
المغصوب منه على وجه لو اراد المالك اخذ القيمة واراد ان ياخذ اللحم مشويا لم يكن له ذلك لان
الملك قد زال كذا في الايضاح **قوله** وهو رواية عن ابي يوسف رح وفي الايضاح عن ابي يوسف رح
ثلث روايات احديها مثل قول ابي حنيفة ومحمد رح والثانية ان حق المالك لا يسقط عنه ولكن
ملكه ينقطع عنه ويباع له العين في دينه وهو احق به من جميع الغرماء وفي رواية له ان ياخذ الدقيق
ويبرأ الغاصب من الضمان لانه يؤدي الى الربوا لان الدقيق عين الحنطة من وجه فكان له ان
ياخذ كما قبل الطحن وهذا لان عمل الطحن في تفريق الاجزاء لا في احداث ما لم يكن موجودا
وتفريق الاجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب والذبح والسلخ في الشاة والدليل على انه
عين الحنطة صحة جريان الربوا بينهما ولا يجري الربوا الا باعتبار المجانسة فلما ثبت المجانسة
بين الحنطة ودقيقها كان اخذ الدقيق بمنزلة اخذ الحنطة فلو اخذ عين الحنطة كان لا يجوز
ان ياخذ معها شيئا آخر بنقصان صفتها بسبب العقد لادائه الى الربوا فكذلك هنا **قوله**
ولا معتبر بفعله جواب اشكال بمقدر وهو ان يقال فيما ذكرت من الاستشهاد لم يوجد نسبة الفعل
وفي المتنازع فيه وجد الفعل **قوله** ولنا انه احدث احترز به عن الحدث **قوله** صنعة هالكا من
وجه احترز اذا صبغ الغاصب الثوب المغصوب اصفر او احمر فانه لا يسقط حق المالك مع انه احدث
صنعة متقومة **قوله** ولكنه لم يكن هالكا من وجه الا ترى انه لم يتبدل به اسم الثوب ولم يفت
اعظم المقاصد **قوله** الا ترى انه يتبدل الاسم فات معظم المقاصد وتبدل الاسم دليل على
المغايرة صورة وتبدل المقصود دليل على المغايرة معنى واذا ثبت المغايرة بينهما وقد ثبت ان الثاني
يكون الا وهو ملتحم لكما ضرورة ان الشيء الواحد يستحيل ان يكون شيئان واذا هلك الاول
بقوله صار ضامنا مثله والدقيق حادث بفعله فيكون ملكا له والصنعة قائمة بذاتها من كل
وجه والعين هالكة من وجه فصارت الصنعة راجحة في الوجود وترجيح الاصل يرجع الى الحال
والرجحان في الذات احق من الحال واما قول ابي يوسف رح جريان الربوا بينهما دليل على بقاء
المجانسة فقلنا بين الدقيق والحنطة شبهة المجانسة من حيث ان عمل الطحن صورة في تفريق

الاجزاء

الاجزاء وباب الربوا مبني على الاحتياط فلبقاء شبهة المجانسة من هذا الوجه جرى حكم الربوا
بخلاف القطع في الثوب والذبح في الشاة فان بالذبح لا يفوت اسم العين يقال الشاة مذبوحة
فان قيل بالسلخ والتاريب يتبدل اسم الشاة فكان ينبغي ان ينقطع حق المالك بعد التاريب
قلنا بالذبح لا يفوت ما هو المقصود بالذبح بل يتحقق ذلك المقصود فلا يكون ذلك تبديل العين
فبقيت مملوكة لصاحبها **قوله** وهذا الوجه يشمل الفصول المذكورة اي وجه الاستدلال
ببقاء الاسم على عدم انقطاع حق المالك وبفوات الاسم على انقطاع حق المالك شامل
لعامة فصول مسائل الغصب فانه اذا غصب شيئا بخرقة او غزلا فنسجه وقطنا فغزله او سمسما
فعصره ينقطع حق المالك **قوله** ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها فيه اشارة الى انه لا يحل
الانتفاع بالقضاء وقد نص في المبسوط انه يحل بالقضاء لانه بمنزلة الاداء لحصول رضاء المالك
لانه لا يقضي الا بطلبه **قوله** اداء الاجر بالتصدق بزوال ملك المالك روي ان النبي صلى الله عليه
وسلم كان في ضيافة رجل من الانصار فقدم اليه شاة مصلية فاخذ منها لقمة فجعل يلوكها
ولا يسيغها فقال انها لتخبرني انها ذبحت بغير حق فقال الانصاري كانت شاة اخي ولو كانت اعز منها
لم ينفس علي بها وسارضيه بما هو خير منها اذا رجع فقال عليه السلام اطعموها الاسارى فامره
بالتصدق بها بيان منه ان الغاصب ملكها لان مال الغير يحفظ عينه عليه اذا امكن وثمنه بعد
البيع اذا تعذر عليه حفظ عينه وانه لا يباح التناول للغاصب قبل الارضاء **فان قيل** انما تصدق
عندكم بالربح لا باصل المضمون فيكون الحديث متروك الظاهر فلا يصح الاحتجاج **قلنا** روي
عن محمد رح انه يتصدق بالاصل قبل اداء الضمان وعلى انا نقول في الحديث ان ملكه الاول قد
انقطع وانه يتصدق بالاصل الا انا تركنا احد الحكمين بدليل وهو التصدق بالاصل فبقي
الباقي على ظاهره وهو حرمة الانتفاع كذا في الاسرار **قوله** او ضمنه الحاكم يحتمل ان يكون المغصوب
منه من كان القاضي عليه بالبراء او يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لانه لا يقضي الا
بطلبه ومعنى قوله او ضمنه المالك اخذ الضمان او تراضيا على مقدار من الضمان **قوله** وعلى
هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها اي يملكها الغاصب عندنا خلافا للشافعي رح **قوله** غير
ان عند ابي يوسف رح يباح الانتفاع منها اي في الحنطة التي زرعها والنواة التي غرسها لانه
بالغصب بعد الاستهلاك من كل وجه ان لم يبق يتعلق به حق المغصوب منه يباح الانتفاع
بخلاف غيرها لقيام العين فيه من وجه **قوله** الا ترى انه كسره وفات بعض المقاصد بيان لقوله
حق المالك هالكا من وجه **قوله** والثمن لا يصلح راس المال في المضاربات بيان لفوات بعض
المقاصد وهو ان كان قبل الكسر الصنعة سلعة يتعين بالتعيين وبفوات هذا المعنى **قوله**
الا ترى ان الاسم الذهب والفضة باق **قوله** حتى يجري الربوا باعتبار اي باعتبار
كونه موزونا وبه فارق الحديد والصفر فان الصنعة هناك يخرج من الوزن وان يكون

Copyright © King Saud University

مال الربوا حتى باع بقيمته بقيمتين يدا بيد يجوز **قوله** وصلاحيته لراس المال من احكام الصنعة هكذا
اي صلاحيته بعد الغصب لراس مال الشركة والمضاربة من حكم الصنعة لا من حكم العين ولهذا
نقول انما لا يتفاوت من الفلوس الرائجة في هذا الحكم كالدراهم والدنانير ولا يتبدل العين بالصنعة
وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقا اي ليست متقومة في كل الاحوال بل في بعضها اذا كسر انا رفضه
يضمنه قيمته من خلاف جنسه وان وجد صاحبه مكسورا فرضي به لم يكن له فضل ما بين المكسور
والصحيح **قوله** ومن غصب ساجة بالجيم وهي الخشبة العظيمة جدا او الخشبة المنحوتة المهياة
للاساس ونحوه كذا في المغرب **قوله** والوجه من الجانبين قدمناه اي في اول هذا الفصل في
قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب **قوله** واخرنا منه اي عن دليل اخرنا
في تعليل هذا المسئلة ان فيما ذهب اليه احترازا بالغاصب يعني لا بد في هذا من لحاق
الضرر باحدهما اما في حق الغاصب فنقض بنائه واما في حق المالك بانقطاع حقه عن الساحة
مجبورة بالقيمة وفيه ضرر نقل المالية من العين الى القيمة بدون اختياره الا ان في الاضرار
بالغاصب اهدار حقه وفي قطع حق المغصوب منه بضمان القيمة تحويل المالية حقه لا اهدار
حقه ودفع الضرر واجب بحسب الامكان فنفردا النقل دونه ضرر الابطال **قوله** اذا بنى في
حوالي الساحة بان ادخل في الساحة ووسط الجدار لا لاحكام للبناء عليه كما في الذخيرة
ولا بنية المرتفعة **قوله** وجواب الكتاب يرد ذلك حيث قال لا ينقض البناء مطلقا من غير
تفصيل ولانه ذكر في الكتاب بنى عليها وذكر شمس الائمة ره بعد تقريرنا قال الكرخي وابو جعفر
ره ولكن هذا ضعيف فقد ذكر محمد ره في كتاب الغصب انه لو غصب بقرة وادخلها عروة مزادة
انقطع حق المالك عنها وهو في هذا العمل مستقل ان عمله في ملك الغير يدل انه لا فرق بين
ان يكون عمله في ملك الغير او في ملك نفسه **قوله** وهو الاصح لانه قبلها كان على اللون الساج قبل
التركيب يصلح لطبخ القدر ولدواب المنعم وبعد التركيب لا يصلح لشيء منها الا بعد النقض وقيام
الشيء بما نفعها تكون بقاء ذاته بما نفعها من وجه صارت هالكة من وجه ولانها كانت
نقلية والان صارت من العقار ولهذا يستحق بالشفعة فيكون هالكا من وجه ثبت
انه تغير عما كان عليه والتغير يوجب انقطاع حق المالك **قوله** وكذا اذا قطع يدها هنا
هو الظاهر من الرواية احترز به عما روى الحسن عن ابي حنيفة ره انه لا يضمنه شيئا في ذبح
الشاة اذا اخذها لان الذبح والسلخ في الشاة زيادة من حيث التقريب الى الانتفاع باللحم
وما ذكره في ظاهر الرواية اصح لانه نقصان باعتبار يفوت بعض الاغراض **قوله** ولو كانت
الدابة غير ماكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك ان يضمنه جميع قيمتها الوجوب هنا
جميع القيمة اذا لم يكن للدابة منفعة بعد طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه اما اذا كان
لما بقي فله ان يمسك ويأخذ النقصان ثم قال فان ذبح حمار انسان ذبح فقال صاحبه ان

اضمنه

اضمنه النقصان ولا اسلم الجلد اليه ما كان له ذلك لان الجلد ثمن فلو ذلك وان تغير فليس له ذلك قال هنا
ره لان ذبحه بمنزلة الدباغ **قوله** والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة
اختلف المتاخرون في الحد الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش قال بعضهم ان اوجب نقصان
ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما كان دون ذلك فهو يسير وقال بعضهم ان اوجب نقصان
نصف القيمة فهو فاحش وما دونه يسير وقال بعضهم الفاحش ما لا يصلح بعده لثوب ما واليسير
ما يصلح بعده لثوب ما ذكر في الاوضح ان الغير يخرق الفاحش في المحيط ان يستنكفه وساير
الناس من لبسه مع ذلك الخرق واليسير ضده وفي غير المحيط وغير المقطوع الا لا يمكن ان
يخاط منه ما يتخذ لاجله الا بد ون جنبات في غير موضع القطع واليسير ضده وذكر في
الفضائل الكان لا يخل بمنفعة اللبس فهو يسير وما كان يخل بمنفعة اللبس لكن يمكن اصلاحه
بالخياطة لمنفعة اللبس يكون فاحشا والصحيح ان الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس
المنفعة بان كان يصلح للقباء قبله وبعده لا يصلح له ويصلح للقميص مثلا وانما يفوت به بعض
العين من حيث الظاهر والغالب اذ الظاهر ان الثوب اذا قطع يفوت من اجزائه شيء
لا محالة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل
فيه النقصان لان محمدا ره جعل الاصل قطع الثوب نقصانا فاحشا والفائت به بعض المنافع
وفي المبسوط ذكر محمد ره في كتاب الغصب اذا غصب ثوبا وقطعه قميصا فقبل ان يخيطه جاء
المالك فهو بالخيار ان شاء اخذ الثوب وضمنه النقصان وان شاء ترك الثوب عليه وضمنه
جميع القيمة والثوب بعدما قطع قميصا بقي صالحا للقميص ان لم يبق صالحا للقباء والساقط
من القيمة يكون اقل من الربع ومن النصف ايضا وقد اعتبره خرقا فاحشا حتى خير المالك
فكان الصحيح من التحديد على ما قال محمد ره ان يقال ان الخرق الفاحش ما يفوت به بعض
العين وبعض المنفعة بان فات جنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير
من الخرق ما لا يفوت به شيء من المنفعة وانما يدخل فيها نقصان **قوله** ليس لعرق ظالم
بتنوين عرق على نعت الصفة والموصوف وذكر في المغرب الى ذي عرق ظالم وهو الذي
يغرس في الارض غير ساليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه على هذا
العجز من المجاز حسن والاول الحديث فيما ذكره في الفائق والغريبين من احيا ارضا ميتة فهي
له وليس لعرق ظالم حق ثم قال في الغريبين قال هشام بن عروة فهو ان يجيء الرجل الى
ارض قد احياها رجل قبله فيغرس فيها غرسا غصبا ليستوجب به الارض وفي الاوضح انه في بعض
الروايات على الاضافة اي لعرق شجر ظالم **قوله** لان حقه فيه اي لان حق الغاصب في بنائه
وشجره بعد قلعه اذ لا قرار له ومعرفة قيمته مقلوعا ان امر بقلعه ان تقوم الارض مع الشجر
المامور بقلعه وليس بها هذا الشجر فيفضل ما بينهما هو قيمة الشجر المامور بقلعه ثم قيمته

Copyright © King Saud University

المقطوعة اكثر من قيمة المأخوذ بقلعه لان المؤنة صرفت في قلع المقطوع دون القائم فاذا ثبت
قيمة المقطوع لذلك **قوله** لان النقص له تجب النقص اي الحاصل من البناء من المنقوض كما
والاجرة اي للغاصب لما الصبغ فيتلاشى فلم يحصل للغاصب منه شيء فلم يؤمر الغاصب
بقلع صبغه كيلا تفوت حقه اصلا **قوله** قال ابو عصمة رحمه الله في اصل المسئلة اي في قوله من غصب
ثوبا فصبغه احمر وان شاء رب الثوب باعه وصرف بقيمة الثوب صاحب الثوب بما زاد الصبغ
فيه لان له ان لا يملك الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تعين رعاية الجانبين في البيع لانه طريق
ايصال الحق لكل واحد منهما الى صاحبه يعني **قوله** وينافي هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه اي
ينافي قول ابي عصمة فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه ايضا وقوله فيما اذا انصبغ بنفسه اظهر لانه اذا
كان كذلك لا يكون ولاية تضمين صاحب الصبغ على كره منه فعند امتناعه عن تملك الثوب
تعذر تضمينه فتعين البيع طريقا للوصول الى حقه اذا لم يرض صاحب الثوب تملك الصبغ
بالقيمة فاما في الغصب عند امتناع رب الثوب عن تملك الصبغ لا يتعين البيع طريقا للوصول
الى حقه لان له تضمين الغاصب الثوب الابيض **قوله** وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق اي
الجواب والتعليل في السويق كالجواب والتعليل في الصبغ ولا تضايع اما حكمه في الغصب فقد ذكر
ان صاحب السويق بالخيار ان شاء ضمنه مثل السويق وان شاء اخذهما وغرمه واما حكم السويق
والسمن في الاختلاط لغير فعل احد فقد ذكر في الايضاح ان السمن لو اختلط بالسويق كان
السويق بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ لان السويق اصل والسمن كالتابع له فانه يقال
سويق ملتوت واما العسل والسمن فكلاهما اصلان **قوله** وهل هذا اختلاف عصر وزمان
فانه اجاب على ما شاهد في عصره من عادة بني امية كانوا يمتنعون عن لبس السواد وهما اجابا
على ما شاهدا في عصرهما من عادة بني العباس من لبس السواد **قوله** ولو كان ثوبا ينقصه
الحمرة بان كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله انه ينظر الى ثوب
يزيد فيه الحمرة فان كانت الزيادة خمسة ياخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم من الغاصب
لان صاحب الثوب استوجب عليه نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم واستوجب الصباغ عليه
قيمة الصبغ خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو
خمسة **قوله** فيستدعي سببا مشروعا والتعدي لا يكون مشروعا لان ادنى درجاته انه
يكون مباحا والتعدي لا يكون مباحا **فصل** عدوان محض اي ما فيه وجه اباحة فلا يصلح
سببا للملك لانه حكم مشروع **قوله** ولنا انه ملك البدل بكماله اي بقيمته وبما فوجب ان يزول
ملكه عن البدل الى ملك من وجب عليه البدل اذا كان البدل محتملا للنقل عن ملك الى ملك
دفعا للضرر عنه وتحقيقا للعدل كما في سائر المبادلات وهذا لان الضمان بدل العين حتى
يتقدر بقيمة العين والاصل في الضمان ان يجب بقدر ما فوت لان العدل انما يتحقق بايجاب مثل

الغاصب

الغاصب فاذا ثبت له الملك في البدل يدا ورقبة جعلناه مقابلا بالاصل يدا ورقبة فيزول ملكه عن المغصوب
شرط الحكم شرعي وهو الضمان لانه شرع جبرا ولا جبر مع بقاء الاصل على ملكه اذ الجبر يعتمد الفوات
وشرط الشيء تابع له فصار حسنا لحسنه وانما قيد بكون الملك يثبت بالغصب **قوله** ثم يقيس الشيء
الى آخره هذا جواب اشكال وهو ان يقال يمكن نقل المدبر ايضا بان باعه وخاصمه المشتري بالتسليم
وقضى القاضي بذلك فان المشتري ياخذ المدبر فاجاب رحمه الله بان ذلك لا يكون نقل المدبر بل نقل القن
لان بفسخ القاضي يعود الى الرق **قوله** الا ان يقيم المالك البينة باكثر من ذلك فان لم يكن للمالك
بينة وجاء الغاصب ببينة ان قيمة المغصوب كذا قال بعض مشايخنا ينبغي ان تقبل بينة الغاصب لاسقاط
اليمين الا ترى ان المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو اقام البينة على ذلك قبلت بينته
من المشايخ من فرق بين مسئلة الوديعة تقبل قوله وبين هذه المسئلة وهو الصحيح **قوله** وهذا
الفصل الاخير اي فيما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح
اي فهو بالخيار ان شاء امضى الضمان وان شاء اخذ العين ورد العوض وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له
لانه تم ذلك برضاه بل الملك لما لم يصح ظاهر الرواية ان الخيار لفوات الرضا ورضاه لم يتم حيث لم يعط
ما يدعيه وجاز ان يكون قيمته مثل ما ضمنه عند المعتبرين فلا يكون مثل عنده فلا يرضى بذلك **قوله**
لان ملكه الثابت غير ناقص لثبوته مستندا والثابت بطريق الاستناد ثابت من وجه دون وجه اي
ضرورة اذ الدليل يابى ثبوت الملك بالغصب لكونه عدوانا والملك نعمة وانما يثبت الملك له ضرورة
القضاء بالضمان لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد والثابت ضرورة ثابت من وجه دون
وجه ولهذا يظهر في حق الاكساب دون الاولاد لان الملك ثبت شرطا للقضاء بالقيمة والولد
غير مضمون عليه بالقيمة وهو بعد الانفصال ليس بتبع فلا يثبت هذا الحكم فيه بخلاف الكسب لانه
بدل المنفعة فيكون تبعا محضا وثبوت الحكم في التبع بثبوته في المتبوع سواء ثبت في المتبوع مقصودا
بسببه او شرطا لغيره لان ملك الكسب اسرع نفوذا من ملك الولد بدليل ان الغاصب اذا اجر
المغصوب كان الاجر له ولو ولدت لا يملك ولو اعتق الملك الناقص يكفي لنفاذ البيع ولا يكفي للعتق كملك
المكاتب يطلق البيع ولا يملك العتق لنقصان ملكه **قوله** وعلى المغصوب وزوائدها كالسمن والجمال
اما الاكساب الحاصلة باستغلال الغاصب فهي من قبيل زوائد المغصوب لانه لا يستقيم فيه الاستثناء
بقوله الا ان يتعدى فيها او يطلبها صاحبها فيمنعها لما ذكرنا ان الغلة الحاصلة من المغصوب
باستغلال الغاصب غير مضمونة عليه وان استهلكها لانها عوض عن منافع المغصوب غير
مضمونة عندنا لكن الزوائد بعد الغصب مضمونة متصلة كالسمن والجمال او منفصلة كالولد
لوجود الغصب فيها وهو اثبات اليد على مال الغير بغير رضاه **قوله** ولنا ان الغصب اثبات اليد
على مال محترم بلا اذن مالكه فكان الاختلاف بيننا وبين الشافعي رحمه الله في الزوائد مبنيا على الاختلاف
في حد الغصب **قوله** ولو اعتبرت ثابتة اي لو اعتبرت يد المالك ثابتة على الولد تبعا لملك الام فانه

جامعة الرياض المكتبة المركزية قسم المخطوطات

Copyright © King Saud University

ما ازال اليد المقصر اذ الظاهر عدم المنع حتى لو منع الصبا الولد بعد طلبه بضمنه قوله او باعه
سلمه وانما ذكر التسليم لان التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل الولد فلما سلمه تحقق تفويته لانه كان
متمكنا من اخذه من الغاصب قبل ذلك بسبعه فلوجود التفويت من هذا الوجه يكون
ضامنا كذا في المبسوط قوله من الارسال اي في الحرم قوله بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لانه
الحق في صيد الحرم للشرع والشرع يطالبه برد الاصل مع ولده الى ماءمنه فوجب المنع بعد الطلب
وهو سبب الضمان قوله ولو اطلق الجواب اي لو قيل بوجوب الضمان في ولد الظبية المخرجة من الحرم
اذا هلك قبل التمكن من الارسال في الحرم وبعد التمكن من الارسال يهلك ضامنا من اي ضمان الاتلاف
وهو ان الضمان في صيد الحرم ضمان اتلاف معنى الصيدية لانه بالحرم آمن صيدا وذا في نفره
وبعده عن ايدينا فاثبات اليد عليه يكون اتلافا لمعنى الصيدية حكما وقد تحقق ذلك في
الولد باثبات اليد عليها فاما الاموال المحفوظة بالايدي فانما يجب الضمان فيها بتفويت الايدي
لا باثبات اليد عليها قوله ولهذا يتكرر بتكررها اي بتعدد وتتعدد الجناية كما اذا اشترك محرمان
في قتل صيد الحرم يجب على كل واحد منهما الجزاء كاملا وقيل يتكرر الجزاء بتكرر الجناية وهو انه لو
ادى الضمان بسبب اخراج الصيد من الحرم ثم ارسله في الحرم ثم اخرج ذلك الصيد من الحرم
يجب ضمان آخر وقيل يحتمل ان يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرر هذه الجناية التي
هي الاخراج من الحرم قوله كما في ولد الظبية فان نقصان الظبية المخرجة لا يجبر بالولد قوله
وكذا اذا ماتت الام اي بالولادة قوله ولنا ان سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة
لانها اوجبت فوات جزء من مالية الاصل وحدث مالية الولد لانه وان كان موجودا قبل
الانفصال لم يكن مالا حتى لم يجز بيعه وهبته وانما صار مالا مقصودا بالانفصال واذا اتحد
سبب الزيادة والنقصان امتنع ظهور النقصان فامتنع الضمان كالبيع فانه يزيل المبيع عن
ملكه ويدخل الثمن في ملكه فلا يعد نقصانا حتى لو شهد شاهدان عليه ببيع شيء بمثل قيمته ثم
رجعا لم يضمنا شيئا قوله وهو الولادة او العلوق على ما عرف اي عندنا سبب النقصان الولادة عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وسبب
النقصان الولادة عند ابي حنيفة رحمه الله العلوق ويظهر ذلك فيما اذا غصب جارية فحبلت عند
الغاصب وردها فماتت بالولادة عندهما لا يضمن لان سبب الهلاك الولادة وكان في يد المالك
ويضمن عند ابي حنيفة رحمه الله لان سببه العلوق وكان عند الغاصب قوله على ما عرف اشارة
الى هذا قوله وولد الظبية ممنوع اي يجبر نقصان الظبية بالولادة بقيمة الولد فلا يعد نقصا
ولئن سلم فهذا الولد لا يصلح ان يكون خلفا عن الجزء الفائت لانه مضمون بنفسه فلم يجز ان
يؤدى به ضمان غيره بخلاف مسئلتنا قوله وكذا اذا ماتت الام يعني اذا ماتت الام بالولادة وفي
بقيمة الولد وفاء بنقصان الولادة يجبر في رواية فلا يعد نقصا قوله وتخريج الثانية اي تخريج
الرواية الثانية في انه لا يجبر وفي المبسوط فان ماتت الام هي ظاهر الرواية ان الولادة ليست

بسبب

٢١١

بسبب فوت الام غالبا فلم يتحد سبب الزيادة والنقصان فلم يجبر وفي المبسوط فان ماتت الام
وبالولد وفاء بقيمتها ففي هذه المسئلة ثلاث روايات عن ابي حنيفة رحمه الله في رواية يبرأ بالولد لان
وجوب الضمان على الغاصب بجبر النقصان المضمون عليه وذلك حاصل بالوفاء في قيمة الولد وكما
يجبر بالولد قدر نقصان الولادة يضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام لان الولادة لا توجب
الموت فالنقصان يكون بسبب الولادة فاما موت الام فلا يكون بسبب الولادة وربما القيمة يكرر اعلان
لو رجع عن الجادة كان النقصان منجبرا بالولد فكذا اذا رد قيمتها وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم
الغصب كاملة لانه لما ماتت تبين ان الولادة كانت من اصله كالجرح اذا اتصل به زهوق الروح
فيكون قتلا من اصله لا ان يكون جرحا ثم قتلا بناء عليه ومن حيث ان الولادة موقعه يكون محضا
للزيادة بهذه الخلافة حكم اتحاد السبب فاذا انعدم هنا لم يكن الولد جابرا للنقصان بالولادة
قوله اذ لا يفضي اليه غالبا ولا يقال افضت في هذه الصورة فيكون سببا لانا نقول الاصل هو النظر
الى وضع اسباب المشروعات لا الى افرادها الا ترى ان الصبي لا يوهل للطلاق والعتاق وان
تحقق النفع في صورة لانهما في الاصل حسبان للمضرة قوله لا بد من رد اصله للبراءة يعني الواجب عليه
رد الاصل بالصفة التي اخذها ورادها بتلك الصفة وانما يكون تلك الصفة مع نقصان لو ردها
مع الولد الذي هو خلف عن النقصان يبرأ فاذا لم يرد الولد الذي هو خلف عن النقصان فلا يبرأ
قوله والحضى الحضاء على قال هو الصحيح للعبد زيادة اي في المالية لانها انما يتحقق لرغبة عامة الناس
هي ليست مرغوبة عندنا عامة وانما هي رغبة بعض الجهال الطمع ان الخصي كالحرم ويظهر ذلك فيما اذا غصب
غلاما قيمته خمسمائة ثم خصاه فبلغ فصارت قيمته الفا وهبه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته خمسمائة يوم
خصاه وان شاء اخذ الغلام ولا شيء له فعلم بهذا انه لا اعتبار لزيادة القيمة بسبب الخصاء لانه لو كان له
اعتبار لوجب على المالك ان يرد الخصاء فيه اذا اختار الاخذ كما في غصب الثوب صبغه احمر وهو
قول الشافعي رحمه الله ان ملكه لا يجبر بملكه قلنا نحن نسعى لمنع ظهور النقصان فلا نحتاج الى الجبر قوله و
من غصب جارية فزنى بها ثم ردها فحبلت اي ردها فتبين انها حبلى قوله وماتت في نفاسها فيه
بالموت في نفاسها ليكون الموت من اثر الولادة قوله وفي فصل الشراء الواجب ابتداء التسليم هذا
جواب عن قولهما وكمن اشترى جارية قد حبلت عند البائع قيل هو ممنوع ولئن سلم فنقول ليس
على البائع هناك الرد ولكن عليه التسليم لانه تسليم المبيع ابتداء كما وقع عليه العقد وهو انه
مال متقوم وقد وجد ذلك لانه سلمها كما وقع عليه العقد لان العقد يرد على العين لا على الاوصاف
ولهذا لا يقابل بشيء من الثمن وفوتها في المقاصد لا يعدم التسليم والواجب على الغاصب فسخ
فعله وذا انما يتحقق في الرد كما قبض لان الاوصاف داخلة في الغصب فلهذا لو غصبها صحيحة
فهزلت في يد الغاصب ردها كذلك يضمن النقصان واذا دخلت الاوصاف في الغصب
يكون الرد مبقيها انا سلمها قوله وما ذكرناه يشترط صحة الرد اي الرد على الوجه الذي اخذه شرط

Copyright © King Saud University

صحة الرد وجب نقصها ولم يوجد فيها سبب التلف وهو الحبل وبرهت وفيها ذلك **قوله** والزنا سبب لجلد
الى الزنا والتلف وجب في يد الغاصب انما يوجب الجلد المولم لا الجلد الجارح ولا المتلف وهذا لجلاد سوطا لا
ثمرة له وما حدث في يد المالك جلد متلف يوجب الجلد المولم لا الجلد الجارح كان هذا غيرها وجد في
يد الغاصب فلا يضمن **قوله** لم يوجد السبب اي سبب التلف او الجرح في يد الغاصب لو وجدت
الحبلى المتلف في يد المالك كان سببا حادثا حدث في يد المالك فلا يضمن الغاصب بخلاف الحمى لان
الهلاك لم يكن بالسبب الذي كان عند الغاصب بل لضعف الطبيعة عن دفع اثار الحمى المتوالية وقا
للحصول بازل الحمى عند الغاصب لسبب الذكاة وهو غير موجبة لما كان بعد اما الحبل يوجب
انفصال الولد وانفصال الولد يوجب الم الولادة فما حدث به يكون مضافا الى السبب الاول **قوله**
الا ان ينقص باستعماله انما ذكر الاستعمال لان الظاهر ان النقصان انما يحصل بالاستعمال لانه
الغالب اذ الغاصب انما يغصب للاستعمال **قوله** ولا فرق في المذهبين فيما اذا عطلها او سكنها اي في
حق الحكم وهو عدم الضمان فيهما عندنا والضمان فيهما عند الشافعي رح **قوله** لان المنافع اموال
متقومة وهنا لان المال اسم لما هو مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ولهذا يصلح صداقا او
المزروع هو لا يتبادر بالمال الا ترى انه لا اجارة من التجارة وهي مبادلة مال بمال فالماذون والشريك
عنان للاجارة ولا يملك مبادلة مال بما ليس بمال ولا الاعيان انما كانت اموالا باعتبار ما يتعلق بها من
المنافع ولهذا يقل مالية العين اذا قل الانتفاع بها فاذا كانت الاعيان اموالا باعتبار منافعها فلان تكون
المنافع اموالا بنفسها اولى وهي متقومة لان التقوم عبارة عن العزة والمنافع عزيزة عند
الناس ولهذا يبذلون الاعيان لتحصيلها الا ترى انها تقوم الاعيان فاستحال ان لا تكون متقومة
بنفسها ولان اعتياض المال عن المنفعة صحيح شرعا ولا اعتياض من مال ليس بمتقوم لا يجوز كالخمر
وغيرها **قوله** ولنا انها حصلت في ملك الغاصب لحدوثها في امكانه اي في تصرفه وهذا
لانها حدثت بفعله وكسبه وفيه اي والكسب للكاسب لقوله صلى الله عليه وسلم كل الناس احق
بكسبه ولانا لما سلمنا حدوثها على ملك المالك فلا يتصور غصبها واستهلاكها فلا يجب عليه ضمان
الغصب والاستهلاك لانها اعراض لا تبقى وما لا يبقى لا يتصور غصبه واتلافه لان اتلاف
الشيء وغصبه انما يرد في حال بقائه فاذا لم يكن المنافع باقية استحال اتلافها وغصبها
ولانه لما ان يرد عليه الاتلاف قبل الوجود او في حال الوجود او بعد الوجود لا يجوز الاول لان
اتلاف المعدوم محال ولا الثاني لانه لو اعترض على الوجود دفعه فاذا قارنه منعه ضرورة
والاتلاف ابطال الوجود لا المنع من الوجود ولا الثالث لانها معدومة في تلك الحال ولا يتصور
اتلاف المعدوم **قوله** ولانها لا تماثل الاعيان اي لا يمكن تضمينها لانها لا تماثل الاعيان لان
المنافع اعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى اوقاتا وبين ما يبقى وبين ما لا يبقى تفاوت عظيم
وضمان العدوان يبنى على المماثلة بالنص والاجماع قال الله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا

علم

عليه بمثل جزاء سيئة سيئة مثلها ولهذا لا يضمن الجيد بالرديء مما قال الشافعي رح ان المنافع اموال
متقومة فكذا لانم ذلك لان صفة المالية انما تثبت بالتمول والتمول صيانة الشيء وادخاره
لوقت الحاجة وانما قلنا ان التمول عبارة عن صيانة الشيء وادخاره لوقت الحاجة لا عن الانتفاع
بالاتلاف لان الاكل والشرب لا يسمى تمولا لان المال اسم لما هو مخلوق لاقامة مصالحنا ويكون
باعتبار صفة التمول والادخار لوقت الحاجة والمنافع لا تبقى وقتين لانها اعراض كما تخرج من حيز
العدم الى الوجود تتلاشى فلا يتصور فيها التمول ولئن سلمنا ان لها حكم المال ليس لها صفة
التقوم لان التقوم لا يسبق الوجود لان التقوم انما يكون بعد الاحراز الا ترى ان الصيد والحشيش
غير متقوم قبل الاحراز وان كان عينا والاحراز بعد الوجود لا يتحقق فيما لا يبقى وقتين فلا
يكون متقوما وانما يثبت حكم التقوم للمنفعة شرعا عند ورود العقد عليها باعتبار اقامة
العين مقام المنفعة للضرورة والحاجة فبطلت المقايسة لان الرضاء في الجانبين بالحصول
والفصل جميعا فالمال الجيد بالشرط مقابل لا بعينه ولا يجوز بيع عبد قيمته الف بالف وفيه ستمي
من ذلك لا يثبت بالعدوان وكل ما لا يتقوم الا بوصفه يقع الفرق بين الاصل والفرع فهو
باطل **فصل** في غصب ما لا يتقوم **قوله** اذ الخمر لهم كالخل لنا وهذا لان الخمر متقوم في حق
اهل الذمة لانها كانت متقومة في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل انما ثبت يبقى
الى ان يوجد المزيل والدليل وهو قوله تعم دعهم من عمل السلطان فاجتنبوه وحذف خصائص
السياق والسياق في حق من لم يخاطب هذا الخطاب على ما كان قبل وكان حرمة العين
وفساد التقوم ثبتا بخلاف الشرع وقد امرنا بان نتركهم وما يدينون بمكان عقد الذمة
نقض الخطاب بحيث لم يعتقد ولد سائر البلغ وانقطعت ولاية الالزام بالسيف والمحاجة
بمكان عقد الذمة فصار كان الخطاب غير نازل في حقهم فبقي الحكم على ما كان **قوله** بخلاف
الميتة والدم المراد بالميتة هي التي ماتت حتف انفها حتى لو ماتت بالضرب والخنق يضمنه المسلم
عند ابي حنيفة رح خلافا لمحمد رح **قوله** بخلاف الربوا لانه مستثنى من عقودهم فانه يتعرض
لهم في ابطال عقود الربا ولانا لم نضمن لهم ترك التعرض في ذلك مع قوله رسول الله صلى
الله عليه وسلم الا من اربى فليس بيننا وبينه عهد وهذا لان ذلك فسق منهم في الاعتقاد لا
ديانة فقد ثبت بالنص حرمة الربوا في اعتقادهم قال الله تعالى واخذهم الربوا وقد نهوا
عنه **قوله** وبخلاف العبد المرتد الذمي فانه يقتل لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له اي للعبد
المرتد لهم لما فيه من الاستخفاف بالدين **قوله** وبخلاف متروك التسمية اي عمدا اذا كان
لمن يحله وهو الشافعي رح ومن يعتقد بعينه يعني لو اتلف متروك التسمية عمدا على قول الشافعي
رح لا يضمن فان ولاية الالزام بالحاجة والدليل ثابتة لانه ثبت لنا بالنص ان متروك التسمية
ليس بمال ولهذا لا يعتبر اعتقادهم في ايجاب الضمان **قوله** والفرق ان هذا التخليل تطهير له

Copyright © King Saud University

غسل الثوب النجس ويبقى على ملكه وهذا لان نجاسة الخمر قابلة للزوال لانها باعتبار الخمرية وقد زالت
من غير ان يتقوم بها شئ من ملكه فصار التخلل كغسل الثوب النجس ومن غسل ثوبا نجسا وطرح
لا يزول الثوب عن ملك المالك كذا هنا قوله وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم للغاصب
بالدباغ على ارقيمة ويباع انه يبطل الى قيمته ذكيا غير مدبوغ لانه لا يكون الجلد الميتة قيمة متقوم ذكيا
لذلك قال الفقيه رحمه يكون لصاحب الجلد اذا اخذ الدباغ الجلد من منزله فاذا القى صاحبه
في الطريق فاخذ رجل جلدها ودبغه فليس للمالك ان يأخذ الجلد وعن ابي يوسف رح ان له ان
يأخذ في هذه الصورة ايضا كذا في الذخيرة واما الخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم
لان العصير كان ملكا متقوما له فاذا صار خمرا صار غير متقومة وبقيت غير متقوم لا يزول ملكه
عنه ولهذا لو غصب خمر انسان فللمالك ان يستردها فعلم ان المالك لا يفتقر الى التقوم فاذا
زالت صفة النجاسة عاد متقوما كما كانت لان التقوم يثبت الان قوله وقيل لا يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس فان قضي باحدهما بالدراهم والاخر بالعناس اذ القاضي
يقضي بما نشريه في الاسواق ويباع قوله فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا
الوجه اي فيما اذا دبغ بما له قيمة قوله بخلاف صبغ الثوب لان له قيمة اي للثوب قيمة قوله لانه اذا تركه
عليه وضمنه احله باخذ قيمته الدباغ اليه وضمنه قيمة الجلد الذكي فجر الغاصب عن رده فصار
كالاستهلاك قوله ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ اي على قولهما لان الكلام فيما اذا دبغه بشئ
له قيمة وفيه الضمان عندهما قوله كما في الاستهلاك يعني مسئلة الاستهلاك التي تقدم ذكرها
ان عنده لا يضمن وعندهما يضمن قوله عند ابي حنيفة رح صار ملكا للغاصب لانه استهلاك
هو على ما قيل وقيل اي على القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره قبل هذا بقوله ولو
كان قائما فاراد المالك ان يتركه على الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته قيل لا يشق ذلك
وقيل السبب ذلك عند ابي حنيفة رح وعندهما لو ذلك فلو خللها بالقاء الخل فيه فعن ابي حنيفة
ومحمد رح ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شئ عليه لانه استهلاك لان
الاستهلاك من العباد عبارة عن فعل لا يصل المالك الى عين حقه بواسطة ذلك الفعل
لان اعدام الذوات ليس في قدرة البشر ولا كذلك اذا تخللت بعد ساعة لانها بالالقاء
لم يصر مستهلكة لبقائها على حالها قوله وعند محمد رح لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول
اي فيما اذا صار خلا من ساعته لما بينا انه يصير ملكا للغاصب قوله في الوجوه كلها اي فيما
صار خلا بالقاء الملح او بالقاء الخل من ساعته او بعد زمان وقد كثرت فيه اقوال
المشايخ بعضهم قالوا المخلوط هنا مستهلك بالاجماع لان عنده انما سقط حق المالك
بالاستهلاك لانه ضمنه بالخلط كالمكيل والموزون اذا غصبه وخلطه بملك من مالك
نفسه فاما اذا لم يكن مضمونا عليه لا ينقطع وجود الاستهلاك كعدمه فبقي مشتركا كالمكيل

اذا خلط

اذا خلط بنفسه بكيل آخر لغيره قوله وهو مامور الشرع قال عليه السلام بعثت بكسر المزامير وقتل
الخنازير وقال اذا رأى احدكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه
قوله كما لو فعل باذن الامام يعني لو فعل بامر نائب الشرع وهو الامام لا يضمن فاذا فعله
بامر الشرع اولى وعن شريح رح ان رجلين اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما
من عنده قال ابو يوسف رح لو كسرنا فما كان حضورهما وهو في ايديهما او في يد احدهما
كسرته وعودتهما ولكن كسر احدهما والاخر يطلب الضمان بخرب الذي كسر خيرا واوجب
الاخر عقوبة

كتاب الشفعة

هي تمليك المنفعة بما قام على المشتري بالشركة او الجوار
وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قوله
ينتظر له وان كان غائبا فان قيل المراد به احق بها عرضا عليه البيع الا ترى انه فسر الحق
بالانتظار وان كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله احق على الاطلاق فيكون
احق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لما انتظم كلمة احق قوله اذا كان طريقهما واحدا
المراد به جار هو شريك في الطريق ويثبت الحكم في الشرب دلالة لان الشفعة انما تثبت
بالشركة في الطريق باعتبار الخلطة وقد وجدت في الشرب قوله وقال الشافعي رح لا شفعة
بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم واذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة
وهذا يقتضي ان جنس الشفعة فيما لم يقسم اذ الالف واللام للجنس لعدم المعهود والدليل
عليه انه قال في رواية انما الشفعة فيما لم يقسم وانما التنصيص على الحكم في المذكور نفي عما عداه وقوله
صرفت الطرق اي جعل لكل قسم طريقا على حدة قوله لان مبنى القسمة لجزء في الاصل
اي في نصل الشركة دون الفرع وهو الجوار ولنا ما رويناه اراد به قوله عليه السلام الجار احق
بشفعته وفيما روى بيان ان للشريك شفعة وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفي الحكم
عما عداه وانما يقتضي تأكيد المذكور لانه عين المذكور قال الله تعالى انما انت منذر واخر
الحديث ليس بثابت ولئن ثبت فالمراد نفي الشفعة الثابتة بسبب الشركة عملا بروايتنا
او معناه فلا شفعة بوقوع الحدود وصرف الطرق فكان الموضع موضع اشكال لان
في القسمة معنى المبادلة وربما يشكل انه هل يستحق بها الشفعة فبين رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه لا يستحق الشفعة بالقسمة ولا يلزم الجار المقابل لان الضرر هناك
ليس بثابت بسبب اتصال الملك فلا يستحق دفعه لحق الملك فان الشفعة حق الملك
فيستحق به دفع ضرر لحقه بسبب اتصال الملك قوله اتصال تأبيد احترازا عن المنقولة
والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازا عن المشتري شراء فاسدا فانه لا قرار له اذ
الواجب النقض دفعا للفساد قوله عند وجود المعاوضة بالمال احترازا عن الاجارة
والدار الموهوبة والمجعولة مهرا قوله على هذه الصفة اي اتصال تأبيد وقرار قوله اذ

Copyright © King Saud University

هو مادة المضار من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار قوله وقطع هذه
المادة بتملك الاصل اولى جواب اشكال وهو ان يقال ان تضرر بالدخيل والدخيل يتضرر به
ايضا فتملك الشفيع مال الغير فاجاب بان دفع هذه المادة بتملك الشفيع اولى لان الضرر في
حقه بازعاجه عن خطة ابائه اقوى قوله وضرر القسمة مشروعة جواب عن قول الشافعي رح
لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل يعني ان ضرر القسمة ضرر مستحق عليه شرعا وما وجب شرعا
وصار حقا عليه لا يصلح علة لتحقق ضرر المشتري بتملك مال الغير برضاه وانما المدفوع ضرر ليس
بحق عليه شرعا قوله والمراد بها هنا الجار الملاصق وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة احترز به
عن الجار المقابل قوله وبابه في سكة احترز عما اذا كان بابه في سكة غير نافذة في هذا
الدار قوله والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار او جدار
معين منها اي مع ارضه لان الشركة في البناء المجرد لا يوجب الشفعة وصورة الترتيب في
الشفعة منزل مشترك بين اثنين في دار هي لقوم في سكة غير نافذة اذا باع احد الشريكين
نصيبه من المنزل فالشريك في المنزل احق بالشفعة فان سلم فالشركاء في الدار احق بالشفعة
من الشركاء في السكة لانهم اشد قربا للشركة بينهم في صحن الدار فان سلموا فاهل السكة احق
بالشفعة للشركة في الطريق فان سلموا فالجار الملاصق وهو الذي على ظهر هذا المنزل وبابه
دار في سكة اخرى قوله وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في
اصح الروايتين عن ابي يوسف رح ان الشريك في منزل معين من الدار او جدار معين منها
مقدم على الجار في المنزل وفي المعنى ثم الجار الذي هو موخر عن الشريك في الطريق ان
لا يكون شريكا في الارض الذي هو تحت الحائط الذي هو مشترك بينهما اما اذا كان شريكا
فيه لا يكون موخرا بل يكون مقدما وصورة ذلك ان يكون ارض بين اثنين غير مقسومة
بنيا في وسطها حائطا ثم اقتسما الباقي فيكون الحائط وما تحت الحائط من الارض مشتركا
بينهما وكان هذا الجار شريكا في بعض المبيع اما اذا اقتسما الارض قبل بناء الحائط وخطا
خطا في وسطها ثم اعطى كل واحد منهما شيئا حتى بنيا حائطا فكان كل واحد منهما جارا
لصاحبه شريك في البناء لا غير لا يوجب الشفعة قوله وكذا على الجار في بقية الدار اي كما
هو مقدم على الجار في المنزل كذلك هو مقدم على الجار في بقية الدار وذكر القدوري ان
الشريك في الذي تحت الحائط يستحق الشفعة في كل المبيع بحكم الشركة عند محمد رح واحد
الروايتين عن ابي يوسف رح يستحق الشفعة في الحائط بحكم الشركة ويستحق الشفعة في
بقية الدار بحكم الجوار فيكون ذلك مع جار آخر سيهما قوله والشرب الخاص ان يكون نهرا لا
تجري فيه السفن قيل ادناه اصغر السفن وما يجري فيه السفن فهي شرب عامة وهذا عند ابي
حنيفة ومحمد رح وعن ابي يوسف رح الخاص ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة او بستانان

او ثلاثة

او ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام القراح من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجر ولا
شاب في الذخيرة وعامة المشايخ على ان الشركاء على النهر اذا كانوا لا يحصون فهو
نهر كبير وان كانوا لا يحصون فهو نهر كبير وان كانوا يحصون فهو نهر صغير لكن اختلفوا في حد
هذا في حد ما يحصى وما لا يحصى بعضهم قدره بالاحصى خمسمائة وبعضهم بمائة وبعضهم باربعين
وبعض مشايخنا قالوا الاصح ما قيل فيه انه مفوض الى راي كل مجتهد في زمانه ان رآهم كثيرا كانوا
كثيرا وان رآهم قليلا كانوا قليلا قوله فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة اخرى وهي
مستطيلة اي المتشعبة مستطيلة احترز به عن المستديرة فان الشفعة فيها لاهل السكتين
فبيعت دار في السفلى اي في المتشعبة فلاهلها الشفعة خاصة اي لاهل المتشعبة دون
العليا لانه لا شركة لهم فيها ولا حق المرور ولهم ان يفتحوا ابوابها فانكانت كالمملوكة لاهلها
بخلاف السكة الواحدة اذا بيعت دار في اوصاها كانت الشفعة بين اهل السكة الواحدة
وان لم يكن لاهل الاعلى حق المرور في الاقصى لان السكة اذا كانت واحدة والطريق واحد
فيها فلكل فيها شركة من اهل السكة الى اخرها الا ان شركة البعض اكثر والترجيح بالكثرة
على ما عرف فان بيعت في العليا فلاهل السكتين لان لاهل السفلى حق المرور فيها قوله وهو
على قياس الطريق فيما بيناه وهو قوله فان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة
الى اخره فان استحقاق الشفعة هناك باعتبار حق التطرق فلذلك قال على قياس الطريق
يعني لو بيع ارض متصلة بالنهر الاصغر كانت الشفعة لاهل النهر الاصغر لا لاهل النهر الاصغر
كما ذكرنا الحكم في السكة المتشعبة مع السكة المستطيلة العظمى قوله جار لما بينا ان العلة هي
الشركة في العقار وبالشركة في الخشبة لا يكون شريكا في الدار قوله واذا اجتمع الشفعاء
فالشفعة بينهم على عدد رؤسهم ولا يعتبر اختلاف الاملاك وقال الشافعي رح هي على
مقادير الانصباء بانه بين ثلاثة لاحدهم نصفها وللاخر سدسها وللاخر ثلثها فباع صاحب
النصف نصيبه وطلب الاخران الشفعة قضى بالنصف المبيع بينهما عندنا وعند الشافعي رح اثلاثا
بقدر ملكها وان باع صاحب السدس نصيبه قضى بينهما انصافا وان باع صاحب الثلث
قضى بينهما ارباعا وعندنا يقضى بينهما نصفان في الكل وكذلك على اصلنا اذا بيعت دار ولها
جار من ثلثة جوانب والاخر من جانب اخر فطلبا الشفعة فهي بينهما نصفان قوله كالربح
الربح فان الشريكين اذا اشتريا شيئا بخمسة عشر درهما مثلا فقال احدهما خمسة وقال
الاخر عشرة ثم باعاه فربحا ثلثة دراهم فالدرهمان لصاحب العشرة والدرهم الواحد لصاحب
الخمسة لان الربح نماء الملك فيقسم على قدره او ضمن الثمار فالعلة بانها كانت حاصلة بينهما
اثلاثا فعلته ايضا تكون بينهما اثلاثا قوله ولو انفرد واحد استحق كل الشفعة حتى لو
صاحب الكثير لو باع نصيبه كان لصاحب القليل ان يأخذ الكل بالاتفاق كما لو باع صاحب

Copyright © King Saud University

القليل كان لصاحب الكثير ان يأخذ جميع المبيع لما ان ملك كل جزء علة تامة لاستحقاق جميع
المبيع بالشفعة فانما اجتمع في حق صاحب الكثير علل وفي حق صاحب القليل علة واحدة
والمساواة تتحقق بين العلة الواحدة والعلل الاثر اذ احد المدعيين لو اقام الشاهدين
والآخر عشرة فهما سواء وكذلك لو ان رجلا جرح رجلا جراحة واحدة وآخر عشر جراحات
فمات استويا في حكم القتل والترجيح بقوة في الدليل كالشريك يترجح على الجار وكذا الرقبة
مع جرح الاخر فان حكم القتل يضاف الى الجارح لا الى الجارح بالاتفاق لا بكثرته لان ما يصلح
علة بانفراده لا يصلح مرجحا لان من شرط الترجيح كان المرجوح مدفوعا بالراجح وههنا
حق صاحب القليل لا يبطل اصلا عرفنا انه لا ترجيح في جانبه من حيث قوة العلة **قوله** و
تملك ملك الغير لا يجعل ثمرة من ثمرات ملكه اي القدرة على التملك لا يعد من ثمرات الملك
كالاب له ان يتملك جارية ابنه ولا يعد من ثمرات ملكه **قوله** بخلاف الثمرة واشباهها
فانها متولدة من العين فتتولد بقدر الملك اما ملك الغير فلا يتولد من ملكه
فكيف يجعل كالثمرة واللبن والولد **قوله** لان سببها هو الاتصال على ما بيناه وهو قوله لان
الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سببا فيه لدفع ضرر الجوار فعند عامة المشايخ سبب
وجوب الشفعة اتصال ملك الشفيع بملك المبيع وكان الخصاف يقول الشفعة تجب
بالبيع ثم تجب بالطلب فهو اشارة منه الى ان كليهما سبب على الاتفاق وانه غير صحيح لان الشفعة
اذا وجبت بالبيع لا يتصور وجوبها ثانيا بالطلب فذكر شيخ الاسلام ره ان الشركة مع
البيع علة لوجوب الشفعة لان حق الشفعة وقبل البيع لا يثبت الا بهما فلا يجوز ان يقال بان
الشراء شرط والشركة علة لوجوب الشفعة وسببه ان الشفيع لو سلم الشفعة قبل
البيع لا يصح ولو سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها
يصح التسليم قبل البيع لانه حصل بعد وجود سبب الوجوب الا ترى ان الابراء عن
ساير الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز فعلم بهذا ان الشركة وحدها ليست
بعلة والحاصل ان استحقاق الشفعة بالشركة عند البيع او بالشركة والبيع وتاكدها
بالطلب وثبوت الملك في الشفعة بالقضاء او بالرضا **قوله** ويظهر فائدة هذا
اي فائدة توقف الملك في الدار المشفوعة بعد الطلبين اي تسليم المشتري الدار
الى الشفيع او حكم القاضي **قوله** لا يورث عنه في الصورة الاولى وهي ما اذا مات
الشفيع بعد الطلبين لانه لم يملكها المورث فكيف يورث عنه ويبطل شفعته في الثانية
وهي ما اذا باع داره المستحق بها الشفعة لان سبب الاخذ بالشفعة اتصال ملك
الشفيع بالدار المشفوعة وقد زال ملكه عما يستحق به الشفعة قبل ان يأخذها فزال
السبب قبل ان يثبت الحكم فلا يثبت الحكم ولا يستحقها في الثالثة وهي ما اذا بيعت بجنب الدار

المشفوعة

المشفوعة لانه لم يملك المشفوعة فكيف يملك بها غيرها **باب** طلب الشفعة والخصومة فيها
قوله اعلم ان الطلب على ثلثة اوجه طلب المواثبة سمي به تبركا بلفظ الحديث الشفعة لمن واثبها اي لمن
طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذي
يسرع في طي الارض بمشيه **قوله** وهو ان يطلبها كما علم اي علم بالبيع من غير توقف
سواء كان عنده انسان او لم يكن وذكر في المبسوط واذا علم بالبيع وهو يحضره من المشتري
فالجواب واضح انه يطلبها وكذلك ان كان يحضره من الشهود ينبغي له ان يشهدهم على طلبه و
كذلك لو لم يكن بحضرته احد حين سمع ينبغي ان يطلب الشفعة والطلب صحيح من غير اشهاد
الاشهاد بمجالسة المحجوب ينبغي له ان يطلب حتى اذا حلفه المشتري امكنه ان يحلف انه طلبها
كما سمع لان الشفيع منكر من حيث المعنى لما ان المشتري يدعي عليه سقوط حق الشفعة وهو
ينكره فذكر في شرح الاقطع وانما يفعل ذلك ليطلبه ان لم يكن عنده احد فلا يسقط فيما
بينه وبين الله تعالى **قوله** حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما بينا وهو قوله لانه حق
ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد وقال ابن ابي ليلى ره ان طلبها ثلثة ايام فله الشفعة
وقال سفيان له مهلة يوم حين سمع وقال شريك هو على شفعته ما لم يبطلها صريحا وكانه بمنزلة
ساير الحقوق **قوله** لا بد له من زمان التامل كما في المخيرة فان لها الخيار ما دامت في مجلسها
الجامع حاجة الراي والتامل لان الشرع اوجب له حق التملك ببدل ولو اوجب البايع له ذلك
بايجاب البيع كان له خيار القبول ما دام في مجلسه فهنا مثله **قوله** ولو قال بعد البيع الحمد لله
او قوله لا يبطل شفعته هذا على الرواية التي له مجلس العلم **قوله** لان الاعتبار للمعنى ظاهر قوله
طلبت الشفعة اخبار عن الطلب في الزمان الماضي ويحتمل الكذب فلا عبرة له فكانه لم يطلب
وكذا اذا قال اطلبها لانه عدة الا انه في العرف يراد بهذه الالفاظ الطلب في الحال لا الخبر عن
امر ماض او مستقبل حتى قال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل الوسالي اذا سمع بيع
ارض بجنب ارضه فقال شفعة شفعة كان ذلك منه طلبا **قوله** واصل الاختلاف في عزل
الوكيل وقد ذكرنا بدليله واجوبته فيما تقدم الا انه ما ذكره في اواخر فصل القضاء بالمواريث
وهو من فصول كتاب القاضي في ادب خواهر زاده الحلي اخذ الحي بغاية عبده والشفيع والبكر
والمسلم الذي لم يهاجر **قوله** والثاني طلب التقرير والاشهاد لانه محتاج الى اثباته عند
القاضي ولا يمكنه الاشهاد ظاهرا على المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد الى
طلب الاشهاد والتقرير حتى لو سمع الشراء بحضرة البايع او المشتري او الدار فطلب طلب
المواثبة واشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين كذا في الفتاوى
الظهيرية وان قصد الابعد من هذه الاشياء الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جملة
في مصر واحد فالقياس انه يبطل شفعته وفي الاستحسان لا يبطل لان نواحي المصر

Copyright © King Saud University

معلت كنا حجة واحدة حكما ولو كانوا في مكان واحد حقيقة وطلب عند احدهم وترك الطلب عند
الاخرين الباقين يصح طلبه كذا هنا اما لو كان الشفيع بحضرة احد هولاء الثلاثة وبه
الاخوان في مصر اخر او رستاق هذا المصر الذي الشفيع فيه فقصد الابعد وترك الطلب
عند من هو بحضرته بطلت شفعته قياسا واستحسانا لان مصرا اخر او رستاقا وهذا
المصر مع هذا المصر لم يجعل كمكان واحد فاذا ترك الطلب عند الاقرب فقد ترك الطلب
مع الامكان فبطل ثم نهض منه اي يقوم ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده وانما
اذا لم يكن المبيع في يده ذكر ابو الحسن القدوري والناطفي انه لا يصح الطلب عنده وذكر شيخ
الاسلام انه صحيح استحسانا هكذا ذكر الشيخ احمد الطواسي **قوله** وحد قول ابي حنيفة ره
وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى قال شيخ الاسلام ره الفتوى على قول محمد ره ان طلب
للدة مقدرة بشهر وهكذا ذكر ايضا في الجامع الصغير لقاضيخان ره **قوله** وما ذكر من التفريد
تشكل بما اذا كان غائبا **فان قيل** لا يشكل لان حكم حالة الغيبة انما الاسقاط دفعا لضرر
الشفيع ودفع ضرر الشفيع مقدم على دفع ضرر المشتري وفيما اذا كان حاضرا لا يتحقق
ضرر الشفيع لتمكنه من الاخذ **قلنا** لما لم يبطل شفعته حالة الغيبة رعاية لحقه وهو
ضعيف فعسى ان لا يطلب الشفعة ههنا وقد يقوى حقه ويتقرر بالطلبين لان لا يبطل بالطريق
الاولى **قوله** واذا تقدم الشفيع هذا كيفية طلب الخصومة التي كان وعدها من قبل هنا فانه يحتمي
الشري وطلب الشفعة وصورة ذلك ان يقول الشفيع للقاضي ان فلانا اشترى دارا
وبين مصرها ومحلتها وحدودها وانا شفيعها بدار لي بين حدودها فمره يسلمها الي
وانما بين هذه الاشياء لان الدعوى انما تصح في المعلوم واعلام العقار بهذه الاشياء
فبعد ذلك يسأل القاضي ان المشتري هل قبض الدار ام لا لانه اذا لم يقبض من البائع لا
يصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع لان اليد للبائع فاذا ذكر القبض ينبغي ان يسأله
باي سبب تدعي الشفعة وهذا لان الشفعة مما يختلف فيه العلماء بعضهم قالوا ثبتت
الشفعة للجار المقابل اذا كان اقرب بابا وبعضنا الشفعة على مراتب فلا بد ان يبين
سببها لينظر القاضي ان ما ادعى سببا هل هو سبب ام لا وبعد ان يكون سببا هل هو محجوب
بغيره اذا بين المدعي انه ليس بمحجوب بغيره سأله القاضي متى علمت بالشراء وكيف صنعت
حين علمت قال مشايخنا والصحيح ان القاضي يقول متى اخبرت بالشراء وكيف اخبرت
بالشراء وانما اختاروا الاخبار لان العلم لا يثبت الا بدليل مقطوع به والشفعة تبطل
بترك الطلب بعد وصول الخبر اليه وانما يسأل القاضي عن وقت الاخبار او وقت العلم
حتى يعرف القاضي ان المدة هل تطاولت من وقت العلم الى وقت المرافعة الى القاضي
لان عند ابي يوسف ومحمد رح اذا تطاولت المدة فالقاضي لا يلتفت اليه وعليه الفتوى

ثم اذا

ثم اذا سأله من طلب المواثبة نقال طلبت حين علمت او حين اخبرت من غير لبث سأله عن طلب
الاشهاد هل طلب طلب الاشهاد وبعد ذلك من غير تاخير بقصيرها ان قال نعم سأله ان الذي
طلب بحضرته هل كان اقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين ان الاشهاد وقد صح ثم اذا بان
ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه فبعد ذلك القاضي يسأل المدعى عليه عن دعوى المدعي
فان انكر ان يكون شفيعها بان كان المدعي ادعى الشفعة بسبب الجوار والمدعى عليه انكر
ان يكون الدار بجنب الدار المشتراة او ان يكون الدار التي بجنب الدار المشتراة ملك المدعي
قوله فان عجز عن البينة استحلف المشتري بالله ما تعلم انه مالك للذي ذكره مما يشفع
به وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على ما في يد غيره هذا قول ابي يوسف ره وعند محمد ره
يحلف على البتات لان المدعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب قصدا كما لو ادعى
الملك بسبب الشراء او غيره وهو ينكر وهناك يحلف على البتات كذا هنا **قوله** وقد ذكرنا
الاختلاف ان شاء الله تعالى وما ذكرنا ان شاء الله تعالى وما ذكر في فصل كيفية اليمين والذي
من كتاب الدعوى بقوله ويحلف على الحاصل في هذه الوجوه الذي قال وهو قول ابي حنيفة
ره ومحمد ره اما على قول ابي يوسف ره يحلف في جميع ذلك على السبب **قوله** فيفسخ البيع
بشهادتهما شاهدين الى علم اخرى وهو ان البيع اذا كان يفسخ لا بد من حضوره لينقض بالفسخ
عليه اي يكون اشتراط حضور المشتري معلولا بعلتين لعله انه يصير مقضيا عليه في حق الملك
لانه ذكر قبل هذا بقوله لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد
من حضورهما وبعلة انه يصير مقضيا عليه في حق الفسخ كما ذكر هنا لينقض بالفسخ عليه
والقضاء على الغائب لا يجوز ملكا او فسخا فلا بد من حضوره **قوله** ثم وجه الفسخ المذكور
هو قوله فيفسخ بشهادتهما ان الفسخ في حق الاضافة اي في حق الاضافة الى المشتري لانه اذا
اخذ بالشفعة فات باخذه القبض المستحق في حق المشتري وذلك يوجب انفساخ البيع كما لو
هلك المبيع قبل القبض الا انه يبقى اصل البيع لان قول البائع للمشتري ايجاب البيع وقوله
منك اضافة اليه فاذا اخذ الشفيع بالشفعة صار كان ذلك البيع اضيف الى الشفيع بعد
ان كان مضافا الى المشتري فينتقض البيع في حق الاضافة اليه لا انه ينتقض اصل العقد
كما اذا دعي بهما الى الخسارة فتقدم عليه غيره فاصابه فالذي في نفسه لم يتبدل ولكن الاول
والتوجيه على الاول قد انقطع بتحلل هذا الثاني فيخرج من ان يكون مقصودا بالرمي فكذا
هنا تحولت الصفقة اليه كان العقد من الابتداء وقع معه وقال الشافعي ره العهدة
على المشتري بكل حال سواء اخذها من يد البائع او من يد المشتري لان عنده حقوق
العقد ترجع الى المالك **قوله** الا انه مع ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره اي
بخلاف المبيع مع المشتري فانه لا يكتفى بحضرة البائع حتى يحضر المشتري لان البائع ليس

نايب عن المشتري كتسليم البائع الى المشتري فيصير الخصومة معه وهو ان يقال لو كان هو البائع
والموكل كالمشتري يشترط حضورهما كما شرط ثمة فاجاب ان الوكيل مع ذلك قايم مقام
الموكل فيكتفي بحضوره قبل التسليم الى الموكل **قوله** وكذلك البائع اذا كان وصيا لميت اي
يكون الخصم الشفيع هو الوصي **قوله** ويجوز بيعه ذكر في الباب الاول من شفعة المبسوط
البائع اذا كان وصيا لميت لان الورثة كبار وكلهم ولا دين على الميت ولم يوص بشيء بباع
فيه الدار لم يجز بيع الوصي لان الملك للورثة وهم متمكنون من النظر لانفسهم وان كان فيهم
صبي صغير جاز بيع الوصي في جميع الدار وكذلك ان كان عليه دين او وصى بوصية من ثمن
الدار وهو استحسان ذهب اليه ابو حنيفة رح وفي القياس لا يجوز بيعه الا في نصيب الصغير
خاصة او بقدر الدين والوصية ثم فيما جاز بيعه كان للشفيع ان ياخذ الدار منه بالشفعة
اذا كان قبل ذلك وفي الجامع الصغير الورثة كبار حضور ولا دين على الميت ولا وصية فليس
للوصي ان يبيع شيئا من التركة لانه لا ولاية له عليهم فان كانوا غيبا فله بيع العروض لا العقار لانه
لو كان له الحفظ وبيع العروض من الحفظ فاما العقار فمحفوظ بنفسه وعلى ذلك اجارة الكل
لانه حفظ حتى لو خيف هلاكه بان كان على شرف خراب ونحوه او خيف هلاك [illegible]
بجميع ايضا قال الشهيد رح لو قيل يملك لا يسقط ولو كانوا صغارا فله بيع الكل لانه قايم مقام
الاب لان الاب في ملكه المتأخرون جوزوا بيع الوصي بضعف القيمة او لقرب وقت النفقة او
الدين **فصل** في الاختلاف فصار كبينة البائع اي مع المشتري يعني لو اختلف البائع
والمشتري في مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة البائع لانها تثبت الزيادة **قوله**
والوكيل اي وكبينة الوكيل مع بينة الموكل فان الوكيل بالشراء مع الموكل اذا اختلفا في
مقدار الثمن واقاما البينة كانت البينة بينة المشتري من العبد لما فيها من اثبات الزيادة
قوله كيف ما يا مصنوعة على ما روى عن محمد رح فان ابن سماعة روى عن محمد رح ان البينة
بينة الموكل لان الوكيل صدر منه انزاله الى بحيث يوجبه البنتان فكان للموكل ان ياخذ
بايهما شاء فاما في ظاهر الرواية فجعلنا الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشتري وهذا يجري
التحالف بينهما عند الاختلاف في الثمن **قوله** واما المشتري من العدو يعني ان المشتري من
العدو والمولى القديم اذا اختلفا فقد نص في السير الكبير ان البينة بينة المولى القديم ولم يذكر
فيه قول ابي يوسف رح قلنا ان يمنع وجعل التسليم نقول لا بيع الثاني هنا لك الا بفسخ الاول
اما ههنا الخلاف وهذه طريقة لابي حنيفة رح في هذه الوجه المسئلة حكاها محمد رح والرواية
الثانية حكاها ابو يوسف رح وهو قوله ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري غير ملزمة
والبينات للالزام بيان هذا ان الزايد قبلت بينة الشفيع وجب على المشتري تسليم الدار
اليه بالف شاء او ابى وان قبلت بينة المشتري لا يجب على الشفيع شيء ولكن يتخير ان شاء اخذ

وان شاء

وان شاء ترك [illegible] فانقضه البائع مع المشتري لان كل واحد من البينتين هاهنا ملزمة وبينة
المشتري غير ملزمة كذا في الباب الاول من شفعة المبسوط **قوله** ولان التملك على البائع بايجابه
اي تملك المشتري على البائع بايجابه اي بسبب قوله بعت منك وان كان سبب التملك في حقه قوله
قبلت الا ان قوله انما يصير سببا للتملك بواسطة ايجاب البائع فيكون البائع اعرف بمقدار الثمن
من المشتري فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطالبته فياخذ الشفيع بقوله **قوله** لان
فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع يعني ان الفسخ وان كان بالقضاء لا يظهر في حق الشفيع
لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين لا مبطلا حقوقهم ولان الفسخ متقرر بحق الشفيع لا رافع
ولهذا ينفسخ العقد الذي بين البائع والمشتري بالاخذ بالشفعة **قوله** لانه لما بدا بالاقرار
بالبيع تعلقت الشفعة لانه اخبر عن الثمن وبعد لم يكن البيان فيبنى الحكم عليه ثم بقوله لم
قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع في الاخذ بما قاله فيرد عليه بخلاف ما اذا اقر باستيفاء
الثمن اولا لانه بعد ما خرج من البين فلم يعتبر بيانه وقد خرج من البين **فصل** بخلاف
حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد بحال بعد ذلك لان حط جميع الثمن لو التحق باصل العقد
فاما ان يصير العقد هبة ولا شفعة للشفيع في الهبة او يصير بيعا بلا ثمن فيكون فاسدا
ولا شفعة في البيع الفاسد فيؤدي الى ابطال حق الشفيع **قوله** ومن اشترى دارا بعرض
اخذها الشفيع بقيمته اي بقيمة العرض عندنا وقال اهل المدينة ياخذها بقيمة الدار دفعا
عن الضرر للمشتري بوصول قيمته ملكه اليه ولنا ان الشفيع يتملك بمثل ما ملكه المشتري
والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى فان اشتراها
بمكيل او موزون اخذها بمثله لقدرته على المثل الكامل لانها من ذوات الامثال وان
اشتراها بعرض اخذها بقيمة العرض لعجزه عن المثل الكامل لانه من ذوات القيم ولكن
كان يبيع الشيء بالقيمة فهو في حال البقاء رضا وكذا لو استحق احد العبدين فيعتبر قيمة العرض
وقت الشراء لا وقت الاخذ بالقيمة **قوله** وان باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار وفي الفخر
هذا اذا كان الاجل فاما اذا كان مجهولا نحو الحصاد والدياس واشباه ذلك فقال
الشفيع انا اعجل الثمن واخذها لم يكن له ذلك لان الشرى بالاجل المجهول فاسد
وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد **قوله** لان كونه مؤجلا وصف في الثمن يقال دين
مؤجل ودين حال **قوله** وليس الاجل وصف الثمن لان الثمن للبائع والاجل حق المشتري على
البائع **قوله** لما بينا من قبل اي في اول باب طلب الشفعة وهو ان البيع انفسخ في حق
المشتري لقيام الشفيع مقام المشتري في حق اضافة العقد اليه وبانفساخ العقد يسقط
الثمن عن المشتري **قوله** مراده الصبر على الاخذ نفي بعض النسخ عن الاخذ وهو الصحيح
قوله خلافا لقول ابي يوسف رح الاخر وجه قوله الاخر ان الطلب غير مقصود بعينه بل لا

Copyright © King Saud University

وهو في الحال لا يتمكن من الاخذ فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لانه لم يرفيه فائدة لا للاعراض عن الاخذ حتى
ظاهر الرواية ان الحطر في الشفعة قد ثبت بدلیل انه لواخذ بثمن حال كان له ذلك والسكوت عن الطلب
بعد ثبوت حقه مبطل شفعته قوله وان اشترى ذمي بخمر او خنزير قوله وان اشترى ذمي احتراز عن المسلم
فان المسلم فاسدة الشفعة فيه قوله بخمر او خنزير احتراز عما اذا اشترى الذمي بميتة او دم فان الشراء
بهما باطل لا شفعة فيه او عن الشراء بما هو متقوم عند الكل فان الحكم لا يختلف فيه بين المسلم
الذمي وقوله وشفيعها ذمي احتراز عن المرتد فان المرتد لا شفعة له سواء قتل في ردته او لحق
بدار الحرب او مات ولا لورثته لان الشفعة لا تورث هذا اذا كان المرتد شفيعا واما اذا كان المرتد
بايعا فقتل او لحق بدار الحرب بطل البيع ولم يكن فيه الشفعة في قول ابي حنيفة رح بخلاف ما اذا اشترى
المرتد دارا لان توقف العقد عنده لحق المرتد فاذا كان المرتد هو البايع فهذا في معنى شرط
الخيار للمشتري فلا يجب فيه الشفعة واذا كان المرتد هو المشتري فهذا في معنى شرط خيار المشتري
فيجب الشفعة للشفيع سواء نقض البيع او تم وان سلم المرتد البايع قبل ان يلحق بدار الحرب
جاز بيعه وللشفيع فيها الشفعة لان البيع تم وخياره سقط باسلامه هذا التفصيل
كله في المرتد واما الحربي المستامن في وجوب الشفعة له وعليه ودار الاسلام سواء بمنزلة
الذمي في ذلك فان اشترى المستامن دارا ولحق بدار الحرب فالشفيع على شفعته متى يجده
لان لحاقه بدار الحرب كموته وموت المشتري لا يبطل شفعة الشفيع وان اشترى المسلم
في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم لم يدخل ثم اسلم الدار فلا شفعة للشفيع لان حق الشفعة
من احكام الاسلام وحكم الاسلام لا يجري في دار الحرب قوله وان اشترى ذمي ارض
ولم يتبرهن المشتري دارا وبيعة او كنيسة لان الشفعة يجري في الجميع فصل وتعطى
قيمة البناء اي يضمن ارش النقصان لان البناء للمشتري فالحاصل ان عند ابي يوسف رح انه ياخذ
بقيمة البناء والغرس قايمان على الارض غير مقلوعين وان شاء ترك وعند الشافعي رح
له خيارات ثلث اثنان ما قال ابو يوسف رح والاخر انه يقلع البناء ويضمن ارش النقصان
والتفاوت بين قول الشافعي رح وقولهما في الامر بالقلع ان عنده يضمن نقصان القلع
وعندهما لا يضمن نقصانه وذكر في التتمة لاصحاب الشافعي رح ان للشفيع ان يقلع و
المقلوع للمشتري ويضمن الشفيع ارش القلع قوله وصار كالموهوب له يعني ان الموهوب
له اذا بنى في الارض الموهوبة ليس للواهب ان يقلع بناءه ويرجع في الارض لانه بنى في
ملكه وكذا المشتري شراء فاسدا عند ابي حنيفة رح وكما اذا زرع المشتري ثم جاء الشفيع
فانه لا ياخذها بالشفعة حتى يدرك الزرع قوله وهذا لان في ايجاب الاخذ بالقيمة دفع
اعلى الضررين بانه اجتمع ههنا ضرران لانه في تكليف المشتري القلع ضرر للجار ولو
اوجبنا قيمة البناء والغرس على الشفيع عند اختيار الاخذ يلزمه ضرر زيادة الثمن الا ان

ان له حايرا لانه يلحقه مقابلته في ملكه عوض وهو البناء والغرس فيدل الاهون عن الضرر بعد
بدل مضار اليه قوله من غير تسليط من جهة من له الحق احتراز عن الهبة والشراء الفاسد
قوله وغيره من تصرفاته كما اذا جعل المشتري الارض مسجدا او مقبرة قوله وان اخذ
بالقيمة بغير قيمته مقلوعا كما بناه في الغصب انه اخذ للشفيع بالقيمة بغير قيمته مستحق
القلع كما ذكر في الغصب قوله وعن ابي يوسف رح انه يرجع لانه تملك عليه الا ان الشفيع
تملك على من اخذ منه فنزل الشفيع ومن اخذ منه بمنزلة البايع والمشتري والمشتري اذا
بنى واستحق فانه يرجع بقيمة البناء على البايع ووجه المشهور ان حق الرجوع بقيمة البناء انما
ثبت لدفع الغرور والبايع التزم السلامة للمشتري عن الاستحقاق فصار المشتري مغرورا
من جهة البايع ولا غرور في حق الشفيع لانه يملك على صاحب اليد جبرا لا اختيارا منه
فلا يرجع قوله لان البناء والغرس تابع وهذا لان قيام البناء بالارض كقيام الوصف بالموصوف
فكان بمنزلة الطرف في الجارية والعين وصف وفوات الوصف لا يسقط شيئا من الثمن اذا
كان بافة سماوية لان الثمن بمقابلة العين دون الوصف فان قيل الطريق ما جعل وصفا من
العبد ونحوه لانه لا يجوز ايراد العقد مقصودا اما ههنا ايراد العقد على البناء مقصودا جايز
فيجب ان يعتبر اصلا كالعرصة ويجوز بمقابلته شيء من الثمن قلنا انما يجوز ايراد العقد على البناء
بشرط القلع وعند ذلك يصير اصلا اما ايراد العقد عليه وهو بيع لا يجوز لانه بمنزلة العين
من العبد قوله ان شئت فخذ العرصة بحصتها فيقسم الثمن على قيمة الارض وقيمة البناء
يوم وقع الشراء فياخذ الارض بحصتها من الثمن قوله وما كان مركبا فيه كالابواب والمغالق
والاغلاق والسلم المركبة قوله فاثمر في يد المشتري قيد بقوله في يد المشتري لانه اذا اثمر في
يد البايع قبل القبض ثم قبض المشتري له حصته من الثمن كما اذا كان موجودا وقت الشراء
قوله على ما عرف في ولد المبيع الجارية المبيعة ولدت ولدا قبل قبض المشتري يسري حكم
البيع الى الولد حتى يكون الولد ايضا ملك المشتري قوله في الفصلين جميعا اي في فصل ما اذا
كان في النخل ثمر حين وقع الشراء ثم جزه المشتري وفصل ما اذا لم يكن في النخل ثمر ووقع
الشراء على الارض والنخل ثم جزه المشتري لا ياخذ الشفيع الثمر في الفصلين قوله وهذا
جواب الفصل الاول وهو ما اذا ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر باب ما يجب فيه الشفعة
وما لا يجب قال الشفعة واجبة في العقار وهو كل ما له اصل من دار وضيعة والربع الدار
حيث كانت كذا في المصباح القريب وما لا يقسم كالحمام والرحى والبئر والطريق اي لا يحتمل القسمة
اي لو قسم قسمة حسية لا ينتفع بها كالحمام والرحى اي بيت الرحى مع الرحى وقال الشافعي رح
لا شفعة فيما لا يقسم والخلاف فيها مبني على الاصل وهو ان من اصل الشافعي رح ان
الاحق بالشفعة لدفع ضرر مؤنة القسمة وذلك لا يتحقق فيما لا يحتمل القسمة وعندنا

Copyright © King Saud University

لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام وذلك فيما لا يحتمل القسمة موجود لاتصال احد الملكين بالاخر
على وجه التأبيد والقرار **قوله** الا في بيع او في حائط في المغرب الحائط البستان واصله ما احاط به **قوله**
بخلاف العلو حيث يستحق اي العلو يستحق الشفعة ويتعلق بقوله ولا شفعة في البناء والعلو عرض
بناء فكان ينبغي ان لا يكون فيه الشفعة الا انه التحق بالعقار **قوله** اذا لم يكن طريق العلو فيه اي في
السفل لبيان ان استحقاق الشفعة بالعلو بسبب الجوار لا بسبب الشركة وليس هو لنفي الحكم
الشفعة اذا كان له طريق في السفل بل اذا كان له طريق في السفل كان استحقاق صاحب العلو
الشفعة في السفل بسبب الشركة في الطريق لا بسبب الجوار حتى انه كان مقدما على الجار كما
لو بيع العلو وكان لذلك العلو طريق في دار رجل فصاحب الدار التي فيها الطريق اولى
من صاحب الدار التي عليها العلو لما ان الشريك في الطريق مقدم على الجار **قوله** والمسلم
والذمي في الشفعة سواء وقال ابن ابي ليلى رح لا شفعة للذمي لان الاخذ بالشفعة حق
شرعي فلا يستحقه من ينكر هذه الشريعة وهو الكافر ولكنا ناخذ بما قضى به شريح رح ووقع
تأييد ذلك بامضاء عمر رض ثم اهل الذمة قد التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات
والاخذ بالشفعة من المعاملات وهو مشروع لدفع الضرر عن الشفيع والضرر مدفوع
عنهم كما هو مدفوع عن المسلمين والصغير والكبير اي سواء وهذا عندنا وقال ابن ابي ليلى رح
لا شفعة للصغير لان وجوبها لدفع ضرر التأذي بسوء المجاورة وذلك بين الكبار دون
الصغار ولان الصغير في الجوار تبع فهو في معنى المستعير والمستأجر ولكنا نقول سبب
الاستحقاق متحقق في حق الصغير وهو الشركة او الجوار ثم هو محتاج الى الاخذ لدفع الضرر
في الثاني عن نفسه وان لم يكن محتاجا الى ذلك في الحال وكذلك يثبت الشفعة للمجنون ايضا
قوله والعبد اذا كان ماذونا هذا اذا كان بايع الدار غير المولى فالمسألة على عمومها اما
اذا كان البايع مولى العبد والعبد شفيعها فللعبد الشفعة اذا كان عليه دين والا فلا
وعلى هذا لو باع العبد فمولاه شفيعها فان لم يكن عليه دين فلا شفعة للمولى لان بيع العبد
وقع له وان كان عليه دين فله الشفعة لان بيعه كان لغرمائه **قوله** على ما مر اي في فصل ما
يوجب المشفوع في قوله ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع بقيمته **قوله** لان هذه
الاعواض متقومة عنده اي عند الشافعي رح لان التقوم حكم شرعي والشرع جعل
هذه الاشياء مضمونة بهذه الاعواض وضمان الشيء بقيمة ذلك الشيء الا ترى ان
الشرع جعل المهر قيمة البضع وكذا المنافع متقومة عنده كالاعيان فاذا جعل الدار
عوضا عن البضع او نحوه وقد تعذر على الشفيع الاخذ بمثله فله ان ياخذ بقيمته وهو
مهر المثل كما لو اشترى بعبد وقول الشافعي رح انما يأتي فيما اذا جعل شقصا من دار بدلا
لانه لا يرى الشفعة بالجوار وما يضاهيه اي وما يضاهي المهر كبدل الخلع والاجرة اي

اذا جعل

اذا جعل شقصا من دار بدل الخلع او الاجرة ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح
وغيرها ضروري المحجة عليه في الثلاثة الاول ان تقوم المنافع بالعقود ضروري فلا يظهر في
حق الشفعة وهذا لان المال ليس بمثل المستحق بعقد النكاح لا صورة ولا معنى فلم يصلح
قيمة له لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المعنى الخاص وهذا المعنى لا يتحقق بين
المال وبين المستحق بعقد النكاح من غير ان الشرع جعل ملك النكاح مضمونا بالمهر اظهارا
لخطره واعظاما لقدره وصونا لهذا العقد عن التشبيه بالاباحة فظهر تقومه في حق
هذا المعنى خاصة على خلاف القياس لمكان الضرورة فلا يظهر معنى التقوم في حق الشفيع
وكذا المنافع ليست باموال عندنا ولهذا لا تضمن بالغصب والاتلاف على ما مر في الغصب
وانما يظهر تقومها في العقد للضرورة فلا يظهر في غيره وفي الرابع والخامس ان كل واحد
من العتق والدم ليس بمال فضلا ان يكون متقوما اما العتق فلانه ازالة واسقاط واما الدم
فلانه ليس من جنس الاموال والايجاب الدية لصيانته عن الاهدار **قوله** في المعنى الخاص وهو
هو المالية **فان قيل** الدار تضمن بالقيمة والمعنى الخاص المطلوب ههنا السكنى وكذا الثوب
المعنى الخاص المطلوب منه دفع الحر والبرد ويضمنان بالقيمة **قلنا** بل المعنى الخاص المطلوب
منهما المالية الا ترى ان من اتلف ثوب انسان او قلع بناء دار انسان يضمن قيمتها وما ذلك
الا باعتبار المالية وقد لا يكون الدار للسكنى والثوب للبس **قوله** بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل
يعني يجب الشفعة **فان قيل** كيف يأخذها والبيع فاسد لجهالة مهر المثل **قلنا** جاز ان يكون
معلوما عندهما ولانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة فلا يفسد البيع **قوله** فلا شفعة
في جميع الدار اي في شيء من الدار **قوله** حتى ان المضارب اذا باع دارا فيها ربح لا يستحق
رب المال الشفعة في حصة الربح المضارب بكونه تابعا صورته اذا كان راس المال الفا
فاتجر المضارب وربح الفا اشترى بالالفين دارا ورب المال شفيعها ثم باعها بالالفين
فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح باعتبار ان الربح تبع لراس المال
وليس في مقابلة راس المال الشفعة لرب المال لان المضارب وكيل لرب المال في حقه وليس في
بيع الوكيل شفعة للموكل وكذا في حصة الربح وهذا بخلاف ما اذا اشترى المضارب دارا و
رب المال شفيعها بدار له اخرى فله ان ياخذ الشفعة لان شرى المضارب وان وقع له
في الحكم كانه [illegible] الا انه لا يقدر ان ينتزع من يده فيكون له وذكر محمد رح في المسألة
الاولى وليس اذا كان رب المال لا يملك نهيه عن البيع ما يدل على ان المضارب ليس بوكيل
بالبيع من جهة الاشتراك رجل رهن من اخر دارا وسلط العدل على بيعها اذا حل اجل
الدين حتى استوفى الدين من الثمن لم يكن للراهن ان ينهاه عن البيع وان باعها العدل
والراهن شفيعها بدار له اخرى لم يكن للراهن ان ياخذها بالشفعة لان العدل وكيل

Copyright © King Saud University

الراهن بالبيع مع يكون آخذ عن حقه في زعمه فلا شفعة **قوله** ولا شفعة في هبة لما ذكرنا
يريد به قوله ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية وقوله بخلاف الهبة لانه لا عوض
فيها لما سا **قوله** ولا بد من القبض وهذا عندنا خلافا لزفر فانه اذا وهب رجل دارا على
ان يهب له الآخر الف درهم فلا شفعة للشفيع ما لم يتقابضا عندنا لتقابض يجب للشفيع
فيها الشفعة وعلى قول زفر يجب الشفعة قبل التقابض وهو بناء على ما بينا في كتاب الهبة
ان الهبة بشرط العوض عنده بيع ابتداء وانتهاء وعندنا هبة ابتداء بمنزلة البيع انتهاء
فلا بد من القبض من الجانبين **قوله** والشفعة تبنى عليه اى على زوال ملك البايع على ما مر
اى في اوائل كتاب الشفعة في قوله والشفعة يجب بعقد البيع الى ان قال والوجه فيه ان
الشفعة انما يجب لدفع ضرر البايع عن تلك الدار **قوله** واذا اخذها في الثلث انما قيد بالثلث
ليكون المسئلة على الاتفاق **قوله** وجب البيع اى تم البيع الذى جرى بين البايع والمشترى
بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشترى بشرط الخيار وانما ذكر هذا لان المشترى بشرط
الخيار لو رد البيع بحكم خيار الشرط قبل الشفيع الشفعة لم يجب البيع ولم يتحقق بل انفسخ
من الاصل فلا يتمكن الشفيع من طلب الشفعة لان هذا البيع انفسخ بالرد بل انفساخ من
الاصل فكان البيع معدوما في حقه من الاصل **قوله** وفيه اشكال اوضحناه في البيوع و
هو قوله ومن اشترى دارا على انه بالخيار فبيعت دار بجنبها فاخذها بالشفعة فهو
رضى **قوله** لان طلب الشفعة يدل على اختياره الملك الى ان قال وهذا التقرير يحتاج اليه
لمذهب ابى حنيفة خاصة والاشكال ان المشترى بخيار الشرط لا يملك البيع في مدة خياره
واستحقاق الشفعة باعتبار الملك ولهذا لا يستحقه المستاجر والمستعير والجواب ان
المشترى صار احق بها مع خياره وذلك يكفى لثبوت حق الشفعة كالماذون والمكاتب اذا
بيعت دار بجنب داره **قوله** وبعد القبض لاحتمال الفسخ لان لكل واحد من المتبايعين سبيل
من نقضه والنقض مستحق حقا لله تعالى وفي اثبات الشفعة اسقاط حق الفسخ وفيه تقرير
الفساد فلا يجوز لافضائه الى التناقض **قوله** بخلاف ما اذا كان الخيار للمشترى في البيع الصحيح
حيث يثبت له الشفعة مع احتمال الفسخ لانه صار احق به تصرفا وفي الفساد ممنوع عنه **قوله**
فان سقط الفسخ بان باع المشترى من آخر وجبت الشفعة لان امتناع حق الشفعة انما
كان لثبوت حق الفسخ فاذا سقط حق الفسخ وجبت الشفعة وللشفيع ان ياخذ بالبيع الثانى
بالثمن المذكور او ينقض البيع الثانى وياخذ بالبيع الاول بقيمته **فان قيل** اذا انتقض البيع
الثانى فصار كان لم يكن فيعود حق البايع في النقض فلا يكون للشفيع حق الاخذ كما قبل
البيع الثانى لانه منتقض من الاصل **قلنا** ان البيع الثانى صحيح مزيل لملك المشترى وانما
ينتقض لحق الشفيع فما يكون من مقتضيات حق الشفيع فلا يثبت الانتقاض على وجه يبطل

حق

جامعة الرياض المكتبة المركزية قسم المخطوطات

حق الشفعة **قوله** لان لكل منهما فسخ من الاصل اى قبل القبض فسخ من كل وجه وكان بغير قضاء لعدم تمام
الملك ولهذا ينفرد الواحد من غير ان يحتاج الى رضاء صاحبه او قضاء قاض **قوله** ولا بيع الرواية بالنصب
عطف على الشفعة في الكافى للنسفى وصحح شمس الائمة السرخسى الرواية بالنصب وقال الا بيت
خيار الرؤية في القسمة سواء كانت بقضاء او برضاء وبه قال بعض المشايخ **باب** ما يبطل
بالشفعة قال واذا ترك الشفيع الاشهاد اى طلب المواثبة **قوله** وهو يقدر على ذلك بان علم بالاخذ
احدهم او لم يكن في الصلوة **قوله** ليس بحق متقرر في المحل المحترز عن القصاص بل هو مجرد حق
التملك فلا يتعلق به بالمحل وانما يظهر اثره في فعله ولا اعتياض عن الفعل للشفيع فيجب رد العوض
ويبطل الحق في الشفعة **قوله** ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد اولى بيانه
انه لو قال الشفيع اسقطت شفعتى فيما اشتريت على ان تسقط شفعتك فيما اشتريت فانه
يسقط شفعته وان لم يسقط المشترى شفعته فيما اشترى الشفيع فعلم ان اسقاط الشفعة
لا يتعلق بالشرط الجائز وانما قلنا هذا شرط جائز لانه شرط ملائم يمكن تحقيقه حتى لو تراضيا
على ذلك يسقط حق كل واحد منهما في الشفعة واسقاط الشفعة بالعوض المالى شرط فاسد
لانه غير ملائم لانه اعتياض عن مجرد الحق في المحل وهو حرام ورشوة واذا لم يتعلق بطل الشرط
ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته من البايع او من المشترى بمال كان البيع تمليك مال بمال
وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فصار كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع المفوح نفسه
من نفسها وهذا بخلاف الاعتياض من ملك النكاح بالطلاق وعن القصاص بالصلح وعن
اسقاط الرق بالعتق لان ذلك كله متقرر في المحل اما ملك النكاح وملك العبد فظاهر وكذا
القصاص لانه ملك المحل في القتل ولهذا يتمكن من استيفائه بلا قضاء ورضاء فكان
اعتياضا عن ملك في المحل فيصح **قوله** والكفالة في النفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية
اى يبطل الكفالة ولا يثبت العوض وهو الاصح وفي الاخرى لا يبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل
هذه رواية في الشفعة وقيل هى في الكفالة خاصة والفرق ان الشفعة يبطل بالاعراض
بخلاف الكفالة وفي الايضاح لا يبطل الكفالة لان الكفالة بالنفس سبب لحصول المال فيشبه
الحق في المال من هذا الوجه فاذا لم يعوض يبطل انه مجانا لم يبطل وهذا نظير الاختلاف في خيار
الشرط اى لا يورث خيار الشرط عندنا وعند الشافعى يورث فكذلك في الشفعة وجه
الالحاق ما ذكره في الايضاح انه الثابت للشفيع حق ان يتملك فظهر انه هذا الحق في ان يتخير
بين ان ياخذ وبين ان لا ياخذ ولا اثر لا يجرى في الخيار وفي المبسوط فان عنده كما تورث
الاملاك فكذلك يورث الحقوق اللازمة ما يعتاض منها بالمال وما لا يعتاض في ذلك
سواء وطريقه ان الوارث يقوم مقام المورث فان حاجة الوارث كحاجة المورث ونحن نقول
مجرد الراى والمشية لا يجرى فيه الارث لانه لا يبقى بعد موته ليخلفه الوارث فيه والثابت له ما الشفعة

Copyright © King Saud University

محرم المشفعة بين ان ياخذ او يترك **قوله** وان مات المشتري لم يبطل لان المستحق باق ولم يتغير
مستحقه بخلاف موت الشفيع فان السبب الذي كان ياخذ به الشفعة يزول بموته وهو
ملكه وقيام السبب وقت الاخذ شرط ولهذا لو باع ملكه قبل ان ياخذ الشفيع لم يكن
له ان ياخذ بالشفعة فكذا اذا زال بموته والثابت للوارث جوار او شركة حادثة بعد
البيع فلا يستحق به الشفعة **قوله** ولهذا يبرأ به اي بيع بالشفع به وان لم يعلم بشراء
المشفوعة وانه لم يكن اعراضا فلان يبرأ مع كونه اعراضا اولى **قوله** كما اذا سلم صريحا
اذا سلم الشفيع الشفعة بعد البيع وهو لا يعلم بالشراء فتسليمه جائز سواء كان المشتري
حاضرا او غايبا لانه اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق **قوله** او ابرأ عن الدين وهو
لا يعلم يعني بان يسد الدين المدعون ولم يعلم بان له عليه دينا بعد الابراء **قوله** لان الاول
اي من باع او بيع له لا ياخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع اما البائع
فلانه باع حقيقة واما الوكيل فتمام البيع به ايضا لانه لولا توكيله لما جاز بيعه وكذا تمام
البيع باجازته من شرط البائع الخيار وضمان الدرك يتقرر البيع فكان ضامنا كالبائع
دون ابتاع او ابتيع له او لحاذ فله الشفعة لان للاخذ بالشفعة ضرب من اثار الشراء
فلا ينافي كونه مشتريا فلا يصير ساعيا في نقض ما تم منه ولان الشفعة انما يبطل باظهار
الشفيع الرغبة لا باظهار الرغبة فيها والشراء اظهار الرغبة في المشتري فلا يكون ابطالا
للشفعة واما البيع فاظهار الرغبة عنه فيكون ابطالا للشفعة واما البيع فاظهار الرغبة
عنه فيكون ابطالا للشفعة **قوله** او بحنطة او شعير قيمته الف او اكثر فتسليمه باطل
تعليله نقدا او تعليله الجنس الذي لغيره في لعلى انه لو كان قيمة الحنطة او الشعير اقل من
الالف يبطل التسليم ايضا وفي الذخيرة فلو اخبر ان الثمن شيء من ذوات القيم فلم يسلم ثم
ظهر انه كان مكيلا او موزونا فهو على شفعته هكذا ذكر شمس الايمة السرخسي رح ثم قال
فعلى هذا القياس لو اخبر ان الثمن الف درهم ثم ظهر انه مكيل او موزون فهو على شفعته
على كل حال **قوله** بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض قيمته الف او اكثر اي لا يبطل تسليمه وفي
الذخيرة لو اخبر ان الثمن شيء من ذوات القيم فلم يسلم ثم ظهر انه شيء آخر من ذوات
القيم بان اخبر بان الثمن دار فاذا الثمن عبد فجواب محمد رح انه على شفعته من غير فصل
قال شيخ الاسلام رح هذا الجواب صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر اقل من قيمة ما اخبر وغير
صحيح فيما اذا كان قيمة ما ظهر مثل قيمة ما اخبر لان الثمن اذا كان من ذوات القيم فالشفيع انما
ياخذ الدار بقيمة الثمن دراهم او دنانير فكانه اخبر ان الثمن الف درهم او مائة دينار فسلم
ثم ظهر ان الثمن مثلها او اكثر وهناك كان التسليم صحيحا ولا شفعة له ولو ظهر انه اقل
مما اخبر كان على شفعته كذا ههنا فلو كان على العكس بان اخبر ان الثمن عبد قيمته الف درهم

اوما اشتر

او ما اشترى ذلك من الاشياء التي من ذوات القيم ثم ظهر ان الثمن دراهم او دنانير فجواب محمد رح
انه على شفعته من غير فصل بعض مشايخنا قالوا الجواب محمول على ما اذا كان ما ظهر اقل
من قيمة ما اخبر او اكثر فلا شفعة له ومنهم من قال هذا الجواب صحيح على الاطلاق بخلاف
المسألة المتقدمة لانه لو كان ياخذ بالقيمة فقد يصير مغبونا في ذلك لان تقويم الشيء بالظن
يكون وانما سلم حتى لا يصير مغبونا وهذا ينعدم اذا كان الثمن دراهم **قوله** وان بان انه
بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كان اكثر وقال زفر رح له الشفعة لاختلاف الجنس
ذكر الاختلاف في الاسرار بين علمائنا الثلاثة وقال اذا قيل للشفيع الشراء بالف درهم فسلم
ثم اختلاف الجنس فاذا بدنانير تساوي الفا كان له ان يطلب عند ابي حنيفة ومحمد رح وقال ابو
يوسف رح يبطل شفعته استحسانا لانهما جنس واحد في حق التجارات ومعناها وجه القياس
ان الانسان قد يتيسر عليه الاخذ باحدهما دون الاخر والرضاء باحدهما لا يدل على الرضاء بالاخر
وان كان الجنس واحدا فانه لو رضي بدراهم جياد فاذا هي غلة كان له الطلب **قوله** وفي عكسه له شفعته
اي لو اخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف فلا شفعة له ذكر شيخ الاسلام المعروف
بخواهر زاده رح ان تاويل هذه المسألة انه ظهر انه اشترى النصف بثمن الكل اما اذا ظهر انه
اشترى النصف بنصف الثمن فله الشفعة **قوله** في ظاهر الرواية احترازا عما روي على ضد هذا
انه اذا سلم الكل لا يكون تسليما للنصف لجواز ان يكون تسليم الكل لعدم قدرته على الثمن
وقد يتمكن من البعض فاما اذا سلم في البعض فقد يعجز عن اداء ثمن البعض فيكون عاجزا
عن الكل بالطريق الاولى **فصل** وسلم اليه لما بينا اي لانقطاع الجوار **قوله** فالشفعة
للجار في السهم دون الثاني وفي المستصفى شرح النافع للعلامة النسفي رح تاويل
المسألة اذا لم يخرج منهم سهما بعد ذلك اما اذا بلغه البيعان فله الشفعة وتعليل هذه
المسألة نقول لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فيقتضي
الاطلاق وعلى هذا عبارة عامة الكتب فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الا درهما
والباقي بالباقي فلا يرغب الجار في الاول لكثرة الثمن ولا حق له فيما بقي لانه صار شريكا و
هو مقدم على الجار **قوله** فيتفرد به اي فيتفرد مشتري الثوب الذي هو بايع الدار يرجع
مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو اضعاف قيمة الدار ولا يتمكن البايع من رد الثوب
الا برضاء المشتري فيعسر عليه برضاه والاوجه ان يباع بالدراهم الثمن دينار حتى اذا استحقت
المشفوعة تبين بطلان الصرف لانه تبين انه لم يكن في ذمة المشتري الثمن الدار فلم
يصح تقابض في المجلس لكونه في ذمته فيبطل الصرف فلا يلزمه الا الدينار وصار كمن اشترى
من آخر دينارا بعشرة دين ثم تصادقا ان لا دين عليه فانه يرد الدينار كذا هنا بخلاف
ما اذا دفع الثوب بمقابلة ما في ذمته من الثمن وهو اضعاف قيمة الثوب فلو استحقت

بلغ

Copyright © King Saud University

الدار المشفوعة يرجع المشتري بثمن الثوب على بايع الدار لان باستحقاق الدار لا يبطل المبايعة التي جرت بين مشتري الدار وبايعه في الثوب بسبب باستحقاق الدار لمشتريها الرجوع على البايع فيتضرر بذلك بايع الدار ولا يقال لا باستحقاق الدار المشفوعة يعلم ان بيع الثوب كان بلا ثمن فيكون البيع فاسدا فلا يتضرر مشتري الثوب لانه لا يبطل بثمن الثوب لانا نقول البيع يحتاج الى ذكر الثمن لا الى وجوده ولهذا قلنا لو باع عبدا بما عليه من الدين ثم تصادقا على ان لا دين لا يبطل البيع في العقد **قوله** ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة عند ابي يوسف رح اعلم ان الحيل في هذا الباب على نوعين نوع لاسقاطها بعد الوجوب وذلك ان يقول المشتري للشفيع اطا ابيعها منك بما اخذت فيقول الشفيع نعم او يقول اشتريت فيبطل شفعته وانه مكروه بالاجماع ونوع يمنع وجوبها ونوع يرجع الى تقليل الرغبة فيها واما يرجع الى منع وجوب الشفعة ان يبيع البايع بيتا سفليا من الدار بطريقه الى موضع اخر بحدودها من الدار بطريقه فيجوز الهبة لان ما وهب قطعة معلومة والطريق وان كان مشاعا الا انه لا يحتمل القسمة وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جايزة فيصير شريكا في الطريق ثم يبيع بقية الدار منه بثمن الكل فيصير اولى من الجار الا ان هذه الحيلة يصلح لدفع الجار ولا يصلح لدفع شريك الدار ومن الحيلة ايضا ان يساحر صاحب الدار من المشتري ثوبا ليلبسه يوما الى الليل بجزء من مائة جزء من داره التي يريد بيعها ثم يصير حتى يمضي اليوم او يشترط التعجيل حتى يملك ذلك الجزء الثاني لان المشتري شريك في الدار وقت البيع والشريك مقدم على الجار واما التي يرجع الى تقليل الرغبة فهي مثل ما ذكر من بيع عشر الدار من المشتري بتعجيل عشار الثمن ومنها ان يبيع البناء من الدار من المشتري ليقلعه بثمن قليل ويبيع الساحة بثمن كثير فلا يجب للشفيع الشفعة في البناء لانه نقلي فلا يرغب في الساحة لكثرة الثمن وذكر الامام شمس الايمة السرخسي رح في باب الشفعة بالعروض من المبسوط بعد ما ذكر وجوه الحيلة فقال والاشتغال بهذه الحيلة لابطال حق الشفعة لا باس به اما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال قيل هذا قول ابي يوسف رح فاما عند محمد رح فيكره ذلك على قياس اختلافهم في الاحتيال لاسقاط الاستبراء والمنع من وجوب الزكوة **مسايل متفرقة** ولا فرق في هذا بين ما قبل القبض وبعده هو الصحيح روى الحسن عن ابي حنيفة رح انه فرق فقال ان اخذ قبل القبض نصيب احدهم ليس له ذلك وبعد القبض له ذلك لانه قبل القبض بنصيب احدهم من البايع يتفرق على البايع يتفرق الصفقة بخلاف ما بعد القبض لانه لم يبق للبايع يتعلق الملك على المشتري وقد اخذ منه جميع ملكه فلا تفريق **قوله** بمنزلة احد المشترين

يعني ان احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن ليس له ان يقبض نصيبه من الدار حتى يؤدي المشترون كلهم جميع ما عليهم من الثمن وكذلك الشفيع ليس له ان ياخذ نصيب احد المشتريين اذا نقد ما عليه من الثمن بحصته حتى يؤدي المشترون كلهم ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البايع **قوله** لان العبرة في هذا التفريق الصفقة لا للثمن وفي الذخيرة لو كان البايع اثنين واشترى المشتري نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة كان للشفيع ان ياخذ نصيب احدهما وان كان يلحق المشتري ضرر عيب الشركة لانه رضي بهذا العيب حيث اشترى نصيب كل واحد منهما بصفقة على حدة ثم بيان تفريق الصفقة واتحادها ذكر الامام التمرتاشي رح محالا الى الجامع اذا اتحد العاقد والعقد والثمن يتحد الصفقة ولو تعدد العاقد بان كان البايع او المشتري اثنين بان قال المشتريان بعت منكما او قالا بعنا منك لان ما يوجب الاتحاد راجح وهو العقد والثمن وكذا لو تعدد الثمن واتحد العاقد والعقد بان قال بعت هذا بكذا وهذا بكذا او قال المشتري ذلك وان تفرق الثلاثة تتفرق الصفقة واذا اتحد العقد وتفرق العاقد والثمن ففي بعض المواضع تتفرق لرجحان جنبة التفرق وفي بعضها لا قيل الاول قياس والثاني استحسان وهو قول ابي حنيفة رح **قوله** لان القسمة من تمام القبض لما عرف ان قبض المشاع فيما يحتمل القسمة ناقص **قوله** والشفيع لا ينقض القبض اي اذا قبض المشتري المبيع ياخذ الشفيع من المشتري ولا يملك ان ينقض قبض المشتري ليرجعه الى البايع وياخذه منه ليكون العهدة عليه فكذا لا ينقض قسمته لانها من تمام القبض **قوله** وقاسم المشتري الذي لم يبع اي قاسم المشتري مع الشريك الذي لم يبع كان للشفيع نقضه لان هذه القسمة لم يجر بين العاقدين فلا يمكن جعلها متضمنا لحكم العقد فجعلت مبادلة وللشفيع ان ينقض المبادلة **قوله** ثم اطلاق الجواب في الكتاب وهو قوله اخذ الشفيع النصف الذي صار للمشتري **قوله** وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل يبطل الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح اي يصح عند ابي حنيفة رح في مجلس القاضي ومطلقا عند ابي يوسف رح ولا يصح عند محمد رح مطلقا هذا هو الصحيح وقيل لا يحفظ جواب ابي يوسف رح الا فيما اذا سلم الوكيل الشفعة والصحيح التسليم كاقراره **قوله** وقيل لا يصح التسليم بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم هذا هو الاصح وان بيعت باقل من قيمتها محاباة كثيرة فعن ابي حنيفة رح انه لا يصح التسليم منها ولا رواية عن ابي يوسف رح كذا في الهداية وذكر في الجرجاني والمختلف اذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء باكثر من قيمته بكثير فعن ابي حنيفة رح يجوز ايضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رح انه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن ابي يوسف رح **كتاب القسمة** هي جمع النصيب الشايع

Copyright © King Saud University

في معين وجوازها بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
والسنة فقد باشرها النبي صلى الله عليه وسلم في الغنايم والمواريث واجماع الامة وركنها الفعل
الذي يقع به الافراز كالكيل في المكيلات والوزن في الموزونات والعد في العدديات والذرع في الذرعي و
شرطها ان لا يتبدل المنفعة بالقسمة ولا تفوت لانها الافراز اذ لكل واحد قبل القسمة من الملك
والمنفعة وانما يتحقق هذا اذا بقي المفرز على ما كان قبل الافراز باصله ومنافعه واما اذا تبدل
يكون تبديلا لا افرازا وانها لا تنفك عن المبادلة والافراز لانه ما من جزء الا وهو مشتمل على
النصيبين فكان ما ياخذ كل واحد منهما نصفه ملكه ولم يستفد من صاحبه فكان افرازا
والنصيب الاخر كان لصاحبه فصار له عوضا عما في يد صاحبه فكان مبادلة الا ان معنى الافراز
والتميز في المكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة اظهر لعدم التفاوت بين ابعاضها
قوله ومعنى المبادلة اظهر في الحيوانات والعروض لوجود التفاوت بين ابعاضها **قوله** الا انها
اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء جواب لسوال يرد
على قوله ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض وفي المعنى **فان قيل** لو كان
الرجحان للمبادلة كان لا يجبر الابي عليها في غير ذوات الامثال وبالاجماع يجبر وكذلك لا تثبت
حكم الغرور فيها حتى ان الشريكين اذا اقتسما دارا او ارضا بينهما وبنى احدهما في نصيبه
بناء ثم جاء مستحق واستحق الطائفة التي بنى فيها ونقض بناءه لا يرجع على صاحبه بقيمة البناء
ولو كان الرجحان لجانب المبادلة لثبت الغرور كما لو اشتراه **قلنا** الجبر على هذه المبادلة
باعتبار حق مستحق للغير الا ترى ان المشتري يجبر على تسليم الدار الى الشفيع وان كان فيه
مبادلة وانما يجبر لحق الشفيع الا ترى ان المديون يحبس حتى يبيع ماله ويقضي الدين فجريانه
الجبر عليها لا ينفي كونها مبادلة واما الثاني فقلنا انما يثبت الغرور لان كل واحد منهما مضطر
الى هذه المبادلة لانه يحتاج الى تخليص حقه ومنع صاحبه عن الانتفاع بملكه ولا يمكنه
ذلك الا بهذه المبادلة فيكون مضطرا الى هذه المبادلة لاحياء حقه والجبر كما يثبت بالاكراه
يثبت بالحاجة الى احياء الحق كصاحب العلو اذا بنى السفل واذا كان مجبورا على هذه المبايعة
لا يثبت فيها حكم الغرور كالشفيع اذا اخذ الدار من المشتري بقضاء القاضي **قوله** وان لم
يفعل نصب القاضي قاسما يقسم بالاجر في الذخيرة ويجوز للقاضي ان ياخذ على القسمة
لكن المستحب له ان لا ياخذ وهذا لان القسمة ليست بقضاء على الحقيقة حتى لا يفترض على
القاضي مباشرتها وانما الذي يفترض عليه جبر الابي على القسمة الا ان لها شبها بالقضاء
من حيث انها تستفاد بولاية القاضي حتى ملك القاضي جبر الابي ولم يملك الاجنبي فلا
من حيث انها ليست بقضاء جاز اخذ الاجر عليها ومن حيث انها تشبه القضاء يستحب ان لا ياخذ
الاجر عليها **قوله** والافضل ان يرزقه من بيت المال لانه لا احد المتقاسمين بسبب ما يعطيه بعض

الشركاء

مكتبة جامعة الرياض قسم المخطوطات

الشركاء زيادة **قوله** عدلا مامونا ذكر الامانة بعد العدالة وان كانت من لوازمها لجواز ان
يكون غير ظاهر الامانة **قوله** ولو اصطلحوا انما تشيروا الى الشركاء لم يرفعوا الامر الى القاضي
بل تقسموا بانفسهم باصطلاحهم فهو جائز لان في القسمة معنى المعاوضة فيثبت التراضي
كما في ساير المعاوضات **قوله** ولا يترك القسام يشتركون اي لا يخلي القاضي القاسمين
المعينين والنفسهم حال دائهم وقت الاشتراك لكن بحيث لا يتجاوز امر القسمة غيرهم الى غيرهم
لانه لو عينهم فلا يستبحار بحمل القسام يتحكمون زيادة على اجر المثل فيتضرر به المتقاسمون
بل يقول القاضي لكل واحد من المتقاسمين انا سيذان بالقسمة من غير مشاركة الاخر لكل
واحد منهم مجازا بالقسمة من جانب القاضي **قوله** كاجرة الكيال والوزان يعني اذا استاجر
الكيال ليفعل الكيل فيما هو مشترك بينهم فالاجرة على قدر الانصباء **قوله** لا يتفضل به اذا الاجر
مقابل بالتميز وانه لا يتفاوت لان تميز الاقل من الاكثر كتميز الاكثر من الاقل وربما يكون
عليه في نصيب صاحب القليل اكثر لان الحساب يدق بقلة بعض الانصباء وقد تعسر تميز
نصيب صاحب القليل اكثر لكسور وقع فيه ولما تعارض الوجهان اعتبر نفس التميز **قوله**
وهو العقل اي العقل هو ان الاجر مقابل الكيل والوزن لو اطلق ولا يفضل اي او ان يكون الاجر
المسئلة على الاطلاق من غير ان يفصل انه للقسمة اولا والى صحة رواية الاطلاق قال الامام
المحقق شمس الائمة السرخسي رح حيث قال في المبسوط فاما اجر الكيال والوزان فقد قال
بعض مشائخنا هو على الاختلاف فان المكيل والموزون يقسم بذلك الكيال والوزان بمنزلة
القسام ثم قال والاصح ان ابا حنيفة رح يفرق بينهما ويقول هناك انما يستوجب الاجر بعمله
في الكيل والوزن الا ترى انه لو استعان في ذلك بالشركاء لم يستوجب الاجر وعمله
في ذلك لصاحب الكثير اكثر وكل عاقل قاسم يعرف ان كيل مائة قفيز يكون اكثر من كيل
عشرة اقفزة ولهذا كانت الاجرة عليها بقدر الملك بخلاف القسام **قوله** وعنه انه
على الطالب دون المتمنع روي عن ابي حنيفة رح ان الاجر على الطالب للقسمة دون المتمنع وقال صاحباه
عليهما لان الطالب للقسمة انما يطلبها لمنفعة نفسه والمتمنع انما يمتنع لضرر يلحقه بها فلا يعتبر
لايجاب الاجرة على من لا منفعة له **قوله** وفي ايديهم دار او ضيعة ميتة بينهما الا انه اذا كان في
ايديهم عروض او شيء مما ينقل قسم باقرارهم بالاتفاق **قوله** وادعوا انهم ورثوها استدل
به لانه لو ادعوا الشراء من غائب قسم بينهم بالاتفاق باقرارهم **قوله** الا انه يذكر في كتاب
القسمة انها قسمها باقرارهم لتقتصر عليهم ولا يتعداهم في ذلك لان حكم القسمة بالبينة يخالف
حكم القسمة بالاقرار لان حكم القسمة بالبينة يتعدى الى الغير حتى لو ادعى احد دينا على هذا
الميت او مدبر او عتق فالقاضي يقضي بهما بالعتق ولا يكلفهما اعادة البينة على المدعي وحكم
القسمة بالاقرار لا يتعدى الا ترى انه لا يقضي بالعتق بهذا بين الصورتين لا بينة يقوم

Copyright © King Saud University

على الموت كما ذكره في الفصل الثاني من قسمة الذخيرة **قوله** وهو معنى جواب عن قولهما ولا بينة الا على المنكر فلا يفيد **قوله** لان بعض الورثة ينتصب خصما عن المورث **فان قيل** كيف يجعل خصما عنه والمقر لا يصلح خصما **قلنا** المال يعتبر اقراره عليه يجعل كالعدم كما لو ادعى رجل دينا على الميت وقدم وارثا من ورثته الى القاضي فاقر الوارث بحقه فاراد الطالب ان يقيم البينة عند القاضي على حقه ليكون حقه في جميع مال الميت ويلزم ذلك جميع الورثة فان القاضي يقبل منه ويحكم له ببينته في جميع مال الميت لان المدعي يحتاج الى اثبات الدين في حقه وحق غيره وكذا الوصي اذا اقر بالدين يقبل البينة عليه مع اقراره لبطلان اقراره **قوله** وبخلاف المشترى لما ادعى عن ابي حنيفة رح وعن رواية الاصول ان القاضي لا يقسمها لانهم تسوى بين الشراء والارث والفرق على الظاهر ان تعلقه بالقسمة في المشترى لا تتضمن قطع حق البائع لان بعد البيع والتسليم لا يبقى المبيع على حكم ملك البائع وان لم يقسم فلا يكون القسمة قضاء على الغير بخلاف الارث **قوله** والدار في ايديهم اي في ايدي الحضور **قوله** لان فيه نظرا للغايب والصغير الى الظهور نصيبهما حتى في يد الغير فانه بالقسمة عن نصيب الغايب فكان هذا محض نظر في حق الغايب والصغير **قوله** ببعض معروف اشترى المورث يعني لو اشترى جارية وماتت فاستولدها الوارث ثم استحقت يكون الولد حرا بالقيمة ويرجع الوارث بها وبالثمن على البائع كالمعروف **قوله** ولا فرق في هذا الفصل اشارة الى قوله وان كان العقار في يد الوارث الغايب او شيء منه لم يقسم **قوله** كما اطلق في الكتاب وهو قوله لم يقسم من غير ذكر اقامة البينة على الارث وانه مخالف لما ذكر في المبسوط وان كان شيء من العقار في يد الصغير او الغايب نقسمها باقرار الخصوم تقوم البينة على اهل الميراث لان في هذه القسمة قضاء على الغايب والصغير باخراج شيء مما كان في يده وكذلك ان كان اودع ما كان في يده منها رجلا حتى غاب لان المودع امين فلا يكون خصما في ذلك ولا يجوز للقاضي ان يقضي على الغايب بحضور امينه فلهذا لا يقسمه حتى تقوم البينة فاذا قامت البينة قبلها القاضي لانها تقوم لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت ولان الورثة يخلفون الميت في الميراث فينتصبون خصما منه وينتصب بعضهم خصما عن بعض نقلا للحلو عن هذا فلان الورثة يكثرون وقلما يحضرون فلو لم يقبل القاضي البينة ولم تقسمها لكان غايب او صغير ادى الى الضرر والضرر مدفوع وذكر في فتاوى قاضيخان نقلا انه لا يقسم وان اقاموا البينة ما لم يحضر الغايب هي رواية الجامع فكان قوله في الكتاب هو الصحيح احترازا عن رواية المبسوط وغيره فانه يقسم اذا قامت البينة **قوله** لان الواحد لا يصلح مخاصما ومخاصما وهذا عند ابي حنيفة رح لانه يحتاج الى اقامة البينة وقولهما مقاسما ومقاسما هذا عندهما لانه لا يحتاج الى اقامة البينة عندهما وعن ابي يوسف رح ان القاضي ينصب عن الغايب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار وفي الذخيرة

فاذا

فاذا كان بعض الورثة حضورا والبعض غايبا والدار كلها او بعضها في يد الغايب فطلب الحاضر القسمة من القاضي فاقام البينة على الميراث فان كان الحاضر واحدا فالقاضي لا يقبل ولا يقسم الدار وعن ابي يوسف رح ان القاضي ينصب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ووجه ظاهر الرواية ان التركة قبل القسمة ان بقيت على حكم ملك الميت من وجه صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو اعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ في نصيبه وكل واحد من الورثة قبل القسمة يرتفق بنصيبه ونصيب شركائه فالحاضر يدعي القسمة كما يدعي باعتبار ما بقي من ملك الميت يدعي على شركائه قطع الارتفاق بنصيبهم فلان جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك وليس كما لو ادعى اجنبي دينا على من كان حاضرا وللقاضي ان ينصب وصيا عن الميت اهنا بخلافه **قوله** ولو كان الحاضر كبيرا او صغيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا لان القاضي وصيا عن الغايب الصغير اذا كان حاضرا اما اذا كان غايبا فلا ينصب عنه وصيا لان القاضي لا ينصب خصما عن الغايب الا لضرورة حتى كان المدعى عليه غيبا او وقع العجز عن جوابه لمن لم يكن عجزا عن احضاره فلا ينصب القاضي خصما عنه في حق الحضور ولم تقع الدعوى لانها لا تصح من غير مدعى عليه حاضرا ولا كذلك اذا احضر لان الدعوى يصح عليه لكونه حاضرا الا انه عجز عن الجواب فينصب خصما ليجيب عنه بخلاف الدعوى على الميت لان احضاره عن جوابه لا يتصور فينصب واحدا في الامرين جميعا **فصل** فيما يقسم وفيما لا يقسم **قوله** وعند طلب احدهم على ما بينا من قبل اشارة الى قوله اذا كانت من جنس واحد اجبر القاضي على القسمة عند طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد والمبادلة فيما يجري فيه الجبر كقضاء الدين الى اخره **قوله** فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم كذا ذكره الخصاف رح وهذا لان الاول يطلب من القاضي ان يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه وهذا حينئذ طلب الانصاف لا التعنت فعلى القاضي ان يجيبه الى ذلك ولا يعتبر ضرر الاخر لانه يريد ان ينتفع بملك شريكه ولذا ان يمنع غيره من الانتفاع بملكه واما الثاني فمتعنت في طلب القسمة والقاضي يجيب المتعنت بالرد لتعذر الانتفاع بنصيبه بعد القسمة لقلة نصيبه لا لمعنى من جهة صاحب الاكثر **قوله** وذكر الجصاص رح على عكس هذا اي لو طلب صاحب القليل قسم ولو طلب صاحب الكثير لم يقسم وذكر في بعض النسخ الخصاف مكان الجصاص والاصح هو الجصاص لان الاول قول الخصاف وذكر الحاكم في مختصره ان ايهما طلب القسمة يقسم القاضي والراجح فيما ذكرناه وهو ما ذكر لان الاول ينتفع بها فاعتبر طلبه وقوله والاخر يرضى بضرر نفسه **قوله** والاصح المذكور في الكتاب فهو الاول وهو قوله

Copyright © King Saud University

فان طلب صاحب الكثير قسم وان طلب صاحب القليل لم يقسم ووجه الاول انه هو ان رضا صاحب
القليل بالتزام الضرر لا يلزم القاضي شيئا وانما اللازم طلب الانتصاف من القاضي وايصاله الى
منفعة ملكه وذلك لا يوجد عند طلب صاحب القليل الا ترى ان كل واحد منهما اذا كان لا
ينتفع بنصيبه بعد القسمة وطلبا القسمة لم يقسمها القاضي فكذلك اذا كان الطالب
من لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة **قوله** ويجوز بتراضيهما لان الحق لهما **فان قيل** يشترط
لصحة القسمة ان ينتفع بالمقسوم كما كان قبل القسمة **قلنا** ذلك شرط الجبر عليهما
لا شرط القسمة بالتراضي واخذ ذلك الشيء حقهما فلهما ان يفعلا به ما شاءا **قوله** ويقسم
العروض اي جبرا اذا كانت من صنف واحد ولا يقسم شاة وبعيرا وبرذونا وحمارا اي
لا يقسم جبرا في هذه الاشياء بان يجمع نصيب احد الورثة في الشاة خاصة ونصيب الاخر
في البعير خاصة بل يقسم الشاة بينهم جميعا على ما يستحقون وكذلك في البعير وغيره لان
الاجناس اذا اختلفت كانت القسمة بطريق الجمع قطعا لبعض المنفعة لا تكميلا لها ولا يقسم
الاواني اي المتخذة الاواني بالاجناس المختلفة بسبب الصنعة وان كان اصلها واحدا كالاباريق
والقمقمة والطست المتخذة من الصفر مثلا وكذلك الاثواب المتخذة من القطن اذا اختلفت
بالصنعة كالقباء والجبة والقميص لا يقسم القاضي بعضها في بعض ويقسم الثياب الهروية
لاتحاد الصنف في المبسوط انه كان الذي بين الشركاء ثوبا وطنفسة ووسادة وبساطا لا يقسم
الا برضاهم لان في الاجناس المختلفة تكون القسمة بطريق المعاوضة بان كل واحد من الشريكين
يملك على شريكه نصيبه من الجنس الذي ياخذ عوضا عما يملكه من نصيب نفسه من الجنس
الاخر وفي المعاوضات لا بد من التراضي ولا يقسم ثوبا واحدا اي عند طلب احد
الشريكين دون الاخر لاشتمال القسمة على الضرر اذ هي لا تتحقق الا بالقطع وفي قطعه
اتلاف جزء منه ولا يفعل القاضي مع كراهة بعض الشركاء فان رضيا بذلك جميعا
قسمه بينهما لوجود الرضاء منهما بالتزام هذا الضرر وقد قال بعض مشايخنا ان القاضي لا
يفعل ذلك وان تراضيا عليه ولكن لو اقتسما فيما بينهما لم يمنعهما من ذلك لان في هذه
القسمة اتلاف جزء والقاضي بقضائه يحصل ولا يتلف كذا في المبسوط **قوله** ولا ثوبان
اذا اختلفت قيمتهما لما بينا اي لان ذلك لا يتحقق الا بالقطع لانه لا يمكن التعديل الا بالقطع او
بزيادة درهم مع الاوكس ولا يجوز ادخال الدرهم في القسمة جبرا لان القسمة حق في الملك
المشترك الشركة بينهما في الثياب فلو ادخل في القسمة الدراهم يقسم ما ليس بمشترك و
هذا لا يصح بخلاف ثلاثة اثواب اذا جعل ثوب بثوبين او ثوب وربع ثوب بثوب وثلاثة
ارباع ثوب بان يكون قيمة احد الاثواب دينارا وقيمة الاخر دينار وثلاثة ارباع دينار فياخذ
احدهما ثوبا بقيمة دينار وربع دينار والاخر ثوبا بقيمة دينار وثلاثة ارباع دينار ويبقى الثوب

الذي

الذي قيمته دينار مشتركا بينهما ربعه للذي اخذ الثوب الذي قيمته دينار وثلاثة ارباع دينار
وثلاثة ارباعه للاخر وهذا لانه يصير قسمة بعض المشترك دون البعض لان كل واحد منهما
ينفرد بثوب ويبقى الشركة في ثوب وذلك جائز اذا لم يكن فيه ضرر مثل ان يقسم الصحن ويترك
النهر على الشركة وهو قسمة بعض الملك دون البعض **قوله** ولا الرقيق لاتحاد الجنس
يعني ان الرقيق جنس واحد ذكورا كانوا او اناثا الا ان الرقيق يتفاوت في القيمة جدا
ولا يثبت في الذمة سلما كما في سائر الحيوانات وكذا في القسمة **قوله** ولان التفاوت في الادمي
فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لان من العبيد من لا يصلح الا للامانة ومنهم
من يصلح للتجارة ومنهم من يصلح للفروسية والخياطة والكتابة فمتى جمع نصيب كل واحد
منهم فات سائر المنافع فلم يكن ذلك قسمة وافرازا فلم يكن مستحقا كقسمة الحمام والاجناس
المختلفة الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان ومن الحيوانات جنس واحد حتى اذا
اشترى شخصا على انه عبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد بخلاف سائر الحيوانات وحاصله
ان الرقيق اذا كان بين اثنين فهو على وجهين ان كان مع الرقيق دواب وعروض او شيء
آخر قسم القاضي الكل في قولهم وان لم يكن مع الرقيق شيء آخر فان كان ذكورا او اناثا
لا يقسم الا برضاهم وان كان الكل ذكورا او اناثا فطلب بعض الورثة قسمتها وابى البعض
او ابى احد الورثة لا يقسم القاضي بينهم في قول ابي حنيفة رحمه الله ولا يجبرهم على ذلك وقال
صاحباه يقسم ويجبرهم على القسمة والحاصل ان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز الاجبار على
قسمة الرقيق الا ان يكون مع الرقيق شيء آخر وهو محل القسمة الجمع كالغنم والثياب
يقسم القاضي لكل قسمة جمع وكان ابو بكر الرازي رحمه الله يقول تاويل هذه المسألة انه
يقسم ذلك برضاء الشركاء اما مع كراهة بعضهم فالقاضي لا يقسم والاظهر ان قسمة
الجبر تجري هاهنا عند ابي حنيفة رحمه الله باعتبار ان الجنس الاخر الذي هو مع الرقيق يجعل
اصلا في القسمة وحكم القسمة جبرا يثبت فيه ثم يثبت في الرقيق ايضا تبعا وقد يثبت حكم
العقد في الشيء تبعا وان كان لا يجوز اثباته مقصودا كالشرب في الطريق في البيع و
المنقولات في الوقف **قوله** ولا يقسم حمام ولا بئر ولا رحا الى قوله بخلاف التراضي
لما بينا اشارة الى ما ذكره في اوائل هذا الفصل وان كان كل واحد يستضر بصغره لم يقسمها
الا بتراضيهما **قوله** وعلى هذا الخلاف الاقرحة المتفرقة المشتركة اي عندهما للقاضي
ان يقسم بعضها في بعض كما في الدار وعند ابي حنيفة رحمه الله يقسم كل قراح على حدة لانها
تتفاوت فيما هو المقصود منها من الغلة والصلاحية للزراعة والكرم وغير ذلك بمنزلة
تفاوت الدور والاجناس المختلفة **قوله** كما هو الحكم فيها في التوكيل في الوكالة
والقسمة في الهداية لو وكل رجلا يشتري دارا ولا يصح التوكيل كما لو وكله بشراء ثوب وكذا

Copyright © King Saud University

لو تزوج امراة على دار لا يصح القسمة كما لو تزوج على ثوب **قوله** تقييد الوضع في الكتاب اشارة
الى وضع المسئلة في الكتاب في دور مقيدة بكونها في مصر فهذا اشارة الى ان الدارين اذا
كانتا في مصرين لا يجتمعان في القسمة عندهما كما روى هلال عنهما وعن محمد انه يقسم
احديهما في الاخرى ثم هي ثلاثة فصول عنده والدور والبيوت والمنازل لا تقسم عنده
قسمة واحدة الا برضاء الشركاء سواء كانت متباينة او متلازقة والبيوت تقسم قسمة
واحدة سواء كانت متباينة او متلازقة لانها تتفاوت في معنى السكنى ولهذا تواجر باجرة
واحدة في كل محلة والمنازل المتلازقة كالبيوت يقسم قسمة واحدة والمتباينة كالدور
لا يقسم قسمة لان المنزل فوق البيت ودون الدار فالحقت المنازل بالبيوت اذا كانت متلازقة
وبالدار اذا كانت متباينة وقالا في الفصول كلها ينظر القاضي الى عدل الوجوه فيمضي القسمة على
ذلك **قوله** وقال في اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا يجوز اي بمنافع الحانوت
وهذا يدل على انهما جنس واحد لما عرف ان اجارة السكنى بالسكنى لا يجوز وكذا اجارة ارض
من المزارعة بزراعة ارض اخرى لا يجوز فيجعل في المسئلة روايتان **قوله** او يبنى حرمة الربوا
هنالك في اجارات الاصل على شبهة المجانسة اي هما جنسان مختلفان رواية واحدة والعلة
شبهة المجانسة باعتبار اتحاد منفعتهما وهو السكنى وهذا كما في العلامة النسفي رح كذا ذكره
في الهداية وهو مشكل لانه يودي الى اعتبار شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل
عنها وقد قال شمس الائمة الحلواني رح اما ان يكون في المسئلة روايتان او يكون من مشكلات
هذا الكتاب والله اعلم **باب** في كيفية القسمة **قوله** وينبغي للقاسم ان يصور ما يقسم
اي ينبغي للقاسم ان يصورها بقسمة على قرطاس ليمكنه حفظه او يرفع ذلك القرطاس
الى القاضي ثم يتولى الاقراع بينهم بنفسه او يامره بالاقراع **قوله** ثم يلقب نصيبا بالاول
الذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يكتب اساميهم ثم يخرج القرعة فمن خرج اسمه اولا
فله السهم الاول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اقل الانصباء
حتى اذا كان الاقل ثلثا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة وشرح
ذلك ارض بين جماعة مشتركة لاحدهم عشرة اسهم وللاخر خمسة وللاخر سهم فارادوا قسمتها
قسمها على قدر سهامهم عشرة وخمسة وواحدة وكيفية ذلك ان يجعل الارض على عدد
سهامهم بعد ان سويت وعدلت ثم يجعل سهامهم بنادق على عدد سهامهم ويقرع بينهم
فاول بندقة يخرج يوضع على طرف من اطراف السهام ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت
لصاحب العشرة اعطاه ذلك السهم وتسعة اسهم متصلة بالسهم الذي وضعت البندقة
عليه ليكون سهام صاحبها على الاتصال ثم يقرع بين البقية كذلك فاول بندقة يخرج
يوضع على طرف من اطراف الستة الباقية ثم ينظر الى البندقة لمن هي فان كانت لصاحب

الخمسة

الخمسة اعطاه اياه ذلك السهم واربعة اسهم متصلة بذلك السهم ويبقى السهم الواحد لصاحبه
وان كانت البندقة لصاحب الواحد كان له الطرف الذي وضعت البندقة عليه ويكون الخمسة
الباقية لصاحب الخمسة وتفسير البندقة ان يكتب القاضي اسماء الشركاء في بطاقات ثم يطوي
كل بطاقة بعينها ويجعلها في قطعة من طين ثم يدلكها بين كفيه حتى يصير مستديرة فيكون
شبه البندقة **قوله** والقرعة يطيب القلوب ازاحة لتهمة الميل **فان قيل** في القرعة
تعليق الاستحقاق بخروج القرعة فيكون في معنى القمار وانه حرام **قلنا** هذا ليس في معنى
القمار ففي القمار اصل الاستحقاق يتعلق بما يستعمل فيه وهنا اصل الاستحقاق لكل واحد
لا يتعلق بخروج القرعة حتى لو عين القاسم لكل منهم نصيبا من غير اقراع جاز **قوله** لانه
في معنى القضاء فيملك الالزام اللائق دعاية في ذلك فيستعمل القرعة لتطييب قلوب الشركاء
وازاحة تهمة الميل عن نفسه وذلك جائز الا ترى ان يونس عليه السلام استعمل القرعة في مثل
هذا مع اصحاب السفينة قال الله تعالى فساهم فكان من المدحضين وهذا لانه علم انه
هو المقصود لكن لو القى نفسه في الماء ربما ينسب الى ما لا يليق بالانبياء فاستعمل القرعة كذلك
زكريا عليه السلام استعمل القرعة مع الاحبار في ضم مريم الى نفسه وقد كان علم انه احق بها
لان خالتها كانت عنده ولكن استعمل القرعة تطييبا لقلوبهم قال الله تعالى اذ يلقون اقلامهم
ايهم يكفل مريم وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سافر اقرع بين نسائه مع انه لا حق
لهن في القسم حالة السفر تطييبا لقلوبهن **قوله** ولا يدخل في القسمة الدراهم والدنانير
الا بتراضيهم اي لا يدخل الدراهم التي ليست في التركة ليجبر بها نقصان بعض الانصباء في
صورة دار بين جماعة فارادوا قسمتها وفي احد الجانبين فضل بناء فاراد احد الشركاء ان
يكون عوض البناء دراهم واراد الاخر ان يكون عوضه من الارض فانه يجعل عوض البناء
من الارض ولا يكلف الذي وقع البناء في نصيبه ان يرد بازاء البناء من الدراهم الا اذا
تعذر للقاضي ذلك **قوله** ودراهم الاخر في ذمته اي وقت القسمة **قوله** وانه اي البيع
يجامع تعذر الانتفاع كمن اشترى جحشا او ارضا سبخة فانه يجوز وان كان لا ينتفع بالمشترى
تاما القسمة فالمقصود منها ايصال كل واحد منهما الى الانتفاع بنصيبه فان لم يكن له منفتح الى
الطريق ولا مسيل ماء فهذه قسمة وقعت على الضرر فلا يجوز وصورته دار بين رجلين و
فيها صفة فيها بيت وباب البيت في الصفة ومسيل ماء ظهر البيت على ظهر الصفة فاقتسما
واصاب الصفة احدهما وقطعة من الساحة واصاب البيت احدهما وقطعة من الساحة و
لم يذكروا طريقا ولا مسيل ماء وصاحب البيت يريد ان يفتح بابه فيما اصابه من الساحة ويسيل
ماءه على ما كان فليس له ذلك سواء شرط كل واحد منهما ان له ما اصابه بكل حق له او لم يشترط
ذلك بخلاف البيع **قوله** ولو ذكر الحقوق في الوجه الاول اي فيما اذا امكن صرف الطريق والمسيل

Copyright © King Saud University

عنه كذلك الحال اى لسوله ان يتطرق ويسيل فى نصيب الاخر مع ذكر الحقوق ثم المراد من ذكر
الحقوق ان يقول هذا لك بحقوقه فاما اذا قال هذا لك بطريقه وشربه ومسيل مائه فانه
يثبت هذه الحقوق قوله فى الوجه الثانى اى فيما اذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه
فيدخل اى بذكر الحقوق لان القسمة لتمليك المنفعة فذلك بالطريق والمسيل فيدخل
عند التنصيص باعتباره اى باعتبار تمليك المنفعة وفيها معنى الافراز فباعتباره لا يدخل
من غير تنصيص اى باعتبار معنى الافراز لا يدخل الطريق الذى فى نصيب الاخر وذلك
لان معنى الافراز لما كان مراعى فى القسمة كان ينبغى ان لا يدخل الطريق والمسيل اللذان
فى نصيب صاحبه وان ذكر الحقوق فى القسمة لانه لا يحصل الانقطاع والافراز من كل وجه
لكن فى القسمة ولكن معنى الافراز فيها تكميل المنفعة فاعتبر كلاهما بهذا الطريق قوله
بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص اى بدون ذكر الحقوق لان كل المقصود
الانتفاع وذلك لا يحصل الا بادخال الشرب والطريق فيدخل من غير ذكر وقد ادرج
فى مسئلة الاجارة شبهة القسمة فى المبسوط بعد ذكر الفرق بين البيع والقسمة حيث
لم يدخل الطريق والمسيل فى القسمة من غير ذكر الحقوق لتصحيح القسمة حيث فيدخل
فى الاجارة لتصحيح الاجارة فقال فان قيل فعلى هذا ينبغى ان يدخل الطريق والمسيل
وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة لتصحيح القسمة كما اذا استاجر ارضا دخل
الشرب والطريق وان لم يذكر الحقوق والمرافق لتحصيل المنفعة قلنا هناك موضع الشرب
والطريق ليس يتناوله الاجارة ولكن يتوسل به الى الانتفاع بالمستاجر والاجر انما
يستوجب الاجر اذا تمكن المستاجر من الانتفاع فلهذا ادخال الشرب والطريق ليتوفر المنفعة
عليهما فاما هنا فموضع الطريق والمسيل داخل فى القسمة فوجب القسمة اختصاص كل واحد
منهما بما هو نصيبه فلو اثبتنا لاحدهما حقا فى نصيب الاخر تضرر به الاخر ولا يجوز الحاق
الضرر به بدون رضائه وانما دليل الرضا اشتراط الحقوق والمرافق فلهذا لا يدخل
الطريق والمسيل به فى ذكر الحقوق وذكر الحاكم الشهيد فى مختصره انهما يدخلان من
غير ذكر فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق قوله ولو اختلفوا فى رفع الطريق بينهم فى القسمة
اى قال بعض الشركاء نرفع طريقا بيننا وقال بعضهم لا نرفع قوله ولو اختلفوا فى مقدار
الطريق اى فى سعته وضيقه جعل الطريق بينهم على عرض باب الدار وطوله كان باب الدار
طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولانه اذا اكتفى بذلك فى المدخل
فكذا فى السلوك والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لان القسمة فى غير الطريق
فيه ثم المراد من طول الطريق هو الطول من حيث الاعلى الى ظهر من حيث البنى هكذا
ذكره شيخ الاسلام فى المبسوط وقال لم يرد محمد رحمه الله بذكر الطول الطول الذى هو ضد

العرض

العرض لان ذلك الطول لا يكون حيث ينتهون بها الى الطريق الاعظم وفائدة تعيين مقدار
طول الباب من الاعلى هى ان احد الشركاء اذا اراد ان يخرج جناحا فى نصيبه ان كان فوق طول
الباب كان له ذلك لان الهواء فيما زاد على طول الباب مقسوم بينهم فصار بانيا على
خالص حقه وان كان فيما دون طول الباب يمنع من ذلك لان قدر طول الباب من الهواء
مشترك فيما بينهم والبناء على الهواء المشترك لا يجوز من غير رضاء الشركاء وان كان الرصاد
يرفع مقدار ما يمر فيه ثور لانه لا بد له من الزراعة ولا يجعل مقدار الطريق مقدار ما يمر
ثوران معا وان كان يحتاج الى ذلك لانه كما يحتاج الى هذا يحتاج الى العجلة فيؤدى الى
ما لا يتناهى قوله واذا كان سفل لا علو له اى سفل مشترك بين رجلين لا علو عليه اى عليه
علو لاخر وعلو لا سفل له اى علو مشترك بين رجلين وسطح للاخر وسفل وعلو مشترك
بينهما قوله قيل اجاب كل واحد على عادة اهل عصره او اهل بلده فى تفضيل السفل على العلو
قوله فان ابا حنيفة رحمه الله اجاب بناء على ما شاهد من عادة اهل الكوفة فى تفضيل السفل
على العلو قوله واستواهما فابو يوسف رحمه الله اجاب بناء على ما شاهد من اهل بغداد فى التسوية
بين السفل والعلو فى منفعة السكنى قوله وتفضيل السفل مرة والعلو اخرى ومحمد رحمه الله
شاهد اختلاف العادات والبلدان فى ذلك فقال انما يقسم بالقيمة قوله والمحمد رحمه الله ان
المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالاضافة اليهما اى الى العلو والسفل وقيل فى بعض
البلدان انما تكون قيمة العلو اكثر من قيمة السفل كما بمكة ومصر وفى بعضها يكون بالعكس
كما بالكوفة وفى كل موضع يكثر الندى يختار العلو على السفل وفى كل موضع يشتد البرد
ويكثر الريح يختار السفل على العلو قوله من بيت كامل اى المشتمل على العلو والسفل لان
علوه مثل نصف السفل فكان العلو والسفل مثلا بما بثلثه ذراع من السفل وموضع هذه
المسئلة انها فى دار واحدة وعنده تقسم اذا كانت واحدة وان كانت فى دارين فحمول له
على رضاهم الا انهم طلبوا المعادلة من القاضى وعنده يجوز القسمة على هذا الوجه قوله
واذا اختلف المتقاسمون وشهد القاسمان قبلت شهادتهما اى اذا كانت قسمة الدار او
الارض بين الورثة او المشترين فانكر بعضهم انه كان استوفى نصيبه فشهد القاسمان
اللذان توليا القسمة انه استوفى نصيبه قبلت شهادتهما عند ابى حنيفة وابى يوسف رحمه الله
وقال محمد رحمه الله وهو قول ابى يوسف رحمه الله اولا والشافعى لا يقبل وذكر الخصاف رحمه الله قول محمد رحمه الله
مع قولهما والله اعلم فصل فى دعوى الغلط فى القسمة والاستحقاق فيها قوله وقد
شهد على نفسه بالاستيفاء اى اقر بالاستيفاء قوله والا فلا شاهد من بعد وهو قوله فان
قال اصابنى الى موضع كذا فلم يسلم الى ولم يشهد على نفسه بالاستيفاء لم يكن لمعنى الا ان
التناقض مانع لصحة الدعوى ولا تحالف عند عدم صحة الدعوى الا ترى انه يجرى التحالف

نسخ

Copyright © King Saud University

عند صحة الدعوى لوجود موجب التحالف وهو الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة
فكان ههنا نظير الاختلاف في مقدار المبيع ويتوجه قوله ينبغي ان لا يقبل دعواه اصلا لمناقضة
ما ذكره في تتمة فتاوى قاضيخان في تقسيم مجموع الغلط حيث قال ومنها انه يكون المنازع
منهما بعد ما اشهد كل واحد منهما على القبض واستيفاء الحق بصفة التمام ثم يقول احدهما
حقي الذي في يدك وحقك الذي في يدي او يقول قد قسمنا ولكن انا اخذت بعض حقي
دون بعض لا يسمع دعواه ولا خصومته بعد ما اشهد على القبض والاستيفاء وفي المبسوط
في باب دعوى الغلط من القسمة رجل مات وترك دارا وابنين فاقتسما الدار واخذ كل
منهما النصف واشهدوا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى احدهما بيتا في يد صاحبه لم
يصدقه على ذلك الا ان يقر به صاحبه من قبل انه قد اشهد على الوفاء يعني اقر باستيفاء
كمال حقه فبعد ذلك هو مناقض فيما يدعيه في يد صاحبه فلا يقبل بينته على ذلك ولكن له
ان يحلف صاحبه فان اقر به لزمه اياه والمناقض اذا صدقه خصمه فيما يدعيه ثبت الاستحقاق
له ولو لم يكن اشهد بالوفاء ولم يسمع منه اقراره بالقسمة فالقول قوله مع يمينه **قوله** ولو
اختلفا في التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة غبن
الكمال بيسر الا بغبن وان كان فاحشا ان كانت القسمة بقضاء يبطل عند الكل وان كانت بالتراضي
لم يذكر محمد هذا الفصل في الكتاب وحكي عن الفقيه ابي جعفر الهندواني انه كان
يقول للقائل ان يقول لا يسمع هذه الدعوى لان المعادلة شرط في القسمة والتعديل في
الاشياء المتفاوتة يكون من حيث القيمة واذا ظهر في القسمة غبن فاحش كان شرط جواز
القسمة فائتا فيجب نقضها والصدر الشهيد حسام الدين ره كان يأخذ بالقول الاول
وبعض مشايخ عصره كانوا يأخذون بالقول الثاني كذا في الذخيرة وفي فتاوى قاضيخان
جعل القول الاخير اولى وقال الشيخ الامام ابو بكر محمد بن الفضل يسمع دعواه الغلط
والغبن اي بعد ما قسمت التركة بالتراضي وله ان يبطل القسمة كما لو كانت القسمة بقضاء
القاضي وهو الصحيح **قوله** ولو اقتسما دارا واصاب كل واحد طائفة هذه المسألة عين مسألة
اول الباب الا انها اعيدت لبناء مسائل اخرى عليها **قوله** وكذا اذا اختلفا في الحدود
بان قال احدهما هذا الحد في نصيبي فدخل في نصيبه وقال الاخر هذا الحد لي دخل في نصيبه
فصل وذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا ذكر في الاسرار اي ذكر الاختلاف
في الاسرار في استحقاق بعض بعينه كذا ذكرهنا فلعله وقع سهوا لان وضع المسألة
في الاسرار في استحقاق بعض شائع والمذكور فيه دار بين رجلين اقتسماها نصفين
ثم استحق النصف من نصيب احدهما شائعا لم يبطل القسمة عند ابي حنيفة ره ولكن يخير
المستحق عليه ان شاء رد الباقي واقتسم ثانيا وان شاء رجع على الشريك بقدر ما استحق من

ينقض

جامعة الرياض المكتبة المركزية قسم المخطوطات

ينقض وقال ابو يوسف ره انتقضت القسمة وقول محمد ره مضطرب فابو يوسف ره يقول القسمة
للافراز وحين استحق جزء شائع من نصيب احدهما تبين ان الافراز كانت باطلة لكون المستحق
النصف من النصيبين جميعا وابو حنيفة ره يقول بان الاستحقاق لم يوجب شيوعا في
نصيب الاخر فلا تنتقض القسمة كما لو استحقها بعينه **قوله** وهذه ثلاثة اوجه الاول ان يستحق
جزء شائع من كل الدار والثاني اذا استحق جزء بعينه والوجه الثالث اذا استحق جزء شائع
من نصيب احدهم **قوله** لان باستحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة وهو الافراز اما
اذا ظهر فيه الاستحقاق فظاهر وكذلك في النصيب الاخر لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب
الاخر شائعا بخلاف المعين لان باستحقاق بعض معين يبقى الافراز فيما وراء ذلك البعض
فان كان النصف المقدم مشتركا بينهم وبين ثالث لواحد منهم نصفه والنصف الاخر بين
الاثنين على السوية والنصف المؤخر بين هذين الاثنين على السوية ايضا فاقتسم الاثنان
على ان يأخذ احدهما نصيبهما من النصف المقدم مع ربع النصف الاخر ما بقي كذلك وهو ثلاثة
ارباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد منهما ثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث
ثلاثة ارباع جميع الدار يجوز وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى **قوله**
ولو وقعت القسمة ثم ظهر في التركة دين محيط ردت القسمة اي اذا لم يؤد الورثة الدين
ولم يبرأ الغرماء اما اذا اداه الورثة او ابرأ الغرماء جازت القسمة اعلم ان الورثة اذا
طلبوا قسمة التركة من القاضي وعلى الميت دين والقاضي يعلم به وصاحب الدين غائب فان
كان الدين مستغرقا للتركة فالقاضي لا يقسمها بينهم لانه لا ملك لهم في التركة لان الدين يقدم
على الميراث والقسمة ليتوصل كل واحد من الشركاء الى الانتفاع بنصيبه وذلك للورثة بعد قضاء
الدين قال الله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فلا يكون في القسمة فائدة فلا يقسمها
وان كان غير مستغرق للتركة فالقياس ان لا يقسمها ايضا بل يوقف الكل لان الدين شاغل
لكل جزء من اجزاء التركة حتى لو هلك جميع التركة الا مقدار الدين كان لصاحب الدين
وهذا القياس قول ابي حنيفة ره ولكنه استحسن فقال قلما تخلو التركة عن دين يسير ويصح ان
يقف عشرة الاف درهم بدين عشرة دراهم فالاحسن ان ينظر للفريقين جميعا فيقف
من التركة قدر الدين لحق الغرماء ويقسم ما زاد على ذلك بين الورثة مراعاة لحقهم
وفيه نظر للميت ايضا من حيث انه يقوم لحفظ ما يصيبه من خلافه ويكون ذلك مضمونا
عليه ما لم يصل الى صاحب الدين حقه والله اعلم **فصل** في المهاياة هي الحالة الظاهرة
للتهيؤ للشيء والتهايؤ تفاعل منها وهو ان يتواضعوا على امر فيتراضوا به وحقيقته ان
كلا منهم يرضى بحالة يختارها واما المهاياة بابدال الهمزة الفا فلغة وهي في لسان الشرع
قسمة المنافع وانها جائزة في الاعيان المشتركة التي يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها وهي

Copyright © King Saud University

واجبر اذا طلبها البعض دون البعض وتكلموا في كيفية جوازها قالوا ان كانت في الجنس الواحد
والمنفعة تتفاوت تفاوتا يسيرا كما في البيت والاراضي يعتبر افرازا من وجه مبادلة من وجه حتى
لا ينفرد احدهما واذا طلب احدهما اجبر الاخر عليها ان لم يطلب القسمة وان كان في الجنس المختلف كا
كالدور والعبيد يعتبر مبادلة من كل وجه حتى لا يجوز من غير رضاهما وهذا لما ذكرنا انها قسمة
المنافع فيعتبر بقسمة الاعيان وهي اعتبرت مبادلة من كل وجه في الجنس المختلف ومبادلة
من وجه وافرازا من وجه في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا وبعضهم قالوا
في الجنس الواحد من الاعيان المتفاوتة تفاوتا يسيرا يعتبر افرازا من وجه عارية من وجه
كان ما يستوفيه كل واحد منهما من المنافع بعضه نصيبه وبعضه نصيب صاحبه فادية له من
صاحبه ولا يعتبر مبادلة من وجه لجوازها في الجنس الواحد ولو كانت مبادلة من وجه لما
جاز فيه لانه يكون مبادلة المنفعة بجنسها والجنس بانفراده يحرم النساء ولانه ينفرد احدهما
بنقضها بعذر وبغير عذر ولو كانت مبادلة من وجه لما تفرد احدهما بذلك كما في الاجارة لكن
الاول اصح لان العارية لا تكون بعوض وهذا بعوض لان كل واحد منهما انما يترك المنفعة من
نصيبه على صاحبه في نوبة صاحبه حتى يترك صاحبه نصيبه عليه في نوبته وانما لم يحرم النساء لان
القياس ان لا يحرم النساء باحد وصفي علة الربوا لان البر مع الشعير يستويان في القدر
الا ان للحنطة فضل الجودة لما ان الحنطة خير من الشعير واجود منه بالفضل من حيث الجودة
لا يحرم عند وجود احد وصفي علة الربوا فلان لا يحرم عند وجود احدهما اولى الا انا
اثبتنا هذه الحرمة عند وجود احد وصفي علة الربوا بالنص بخلاف القياس والنص ورد
فيما هو مبادلة من كل وجه والمهاياة مبادلة من وجه افراز من وجه فيعمل فيها بالقياس قوله
على ان يسكن هذا طائفة اي ناحية من الدار وهذا طائفة اي ناحية اخرى قوله والتهايؤ
في هذا الوجه افراز لجميع الانصباء انما قيد بقوله في هذا الوجه وهو ان يسكن هذا في جانب
آخر في زمان واحد لانه اذا اتحد زمان الاستيفاء يجعل افرازا لا مبادلة لانهما اذا تهايئا مكانين
في زمان واحد يتحقق معنى الافراز واما اذا كان التهايؤ في الزمانين في مكان واحد ولا يمكن
جعله افرازا بل يجعل كل واحد منهما كالمستقرض من الاخر في نوبته فكان مبادلة لا افرازا قوله ولهذا
لا يشترط فيه التاقيت ايضاح انه افراز لانه لو كان مبادلة يشترط التاقيت كما في الاجارة فيشترط
التاقيت قوله لان التهايؤ في المكان اعدل لان كل واحد منهما ينتفع في زمان واحد قوله وفي الزمان
الكمال لانه ينتفع بجميع الدار قوله فان اختلفا فيه من حيث الزمان انما قيد الاختيار من حيث الزمان
فلم يطلق لان التسوية في المكان ممكن في الحال بان يسكن هذا بعضها والاخر بعضها اما التسوية
من حيث الزمان فلا تمكن الا بان يمضي مدة احدهما ثم يسكن الاخر مثل تلك المدة فيقرع نفيا
للتهمة وتطييبا للقلوب قوله ودارا في دارين اي على السكنى والغلة قوله ويقبل الجبر عنه

وهو

وهو قول الكرخي ره قوله وعن ابي حنيفة ره انه لا يجوز فيه التهايؤ اصلا اي بطريق الجبر ولا بطريق
التراضي اما بالجبر لما قلنا وهو قوله اعتبارا بالقسمة وبالتراضي لانه بيع السكنى بالسكنى وهو
غير جائز على ما مر في الاجارات وجواب ظاهر الرواية عن هذا ما ذكر ان الحرمة عند وجود
احد وصفي علة الربوا ثابتة بالنص بخلاف القياس والنص ورد فيما هو مبادلة من كل وجه وهو
البيع والمهاياة افراز من وجه مبادلة من وجه فيعمل فيها بقضية القياس قوله لما بينا اشارة
الى قوله ولا اعتدال ثابت في الحال الى آخره قوله اعتبارا بالتهايؤ في المنافع وهو التهايؤ في
الاستخدام الجائز عن الاستغلال قوله لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه اي من التفاوت
من حيث الزمان في العبد الواحد ثم التهايؤ في استغلال العبد لا يجوز بالاتفاق فاولى ان لا
يجوز في العبدين ولكنهما يفرقان بين جواز التهايؤ في استغلال العبدين وبين عدم جواز
التهايؤ في استغلال العبد الواحد ذكره في المبسوط وقال انهما يقولان معنى القسمة والتمييز
يترجح في غلة العبدين لان كل واحد منهما يصل الى نصيبه في الوقت الذي يصل اليه صاحبه فيجوز
ذلك كما في المهاياة في الخدمة وفي غلة الدارين فاما في العبد الواحد فمعنى المعاوضة يغلب
لانه يصل احدهما الى الغلة قبل ان يصل الاخر اليه وفيه معنى الخطر ايضا ربما يمرض العبد في نوبة
احدهما فيعجز عن الخدمة [illegible] ينتفع من الخدمة بدعوى الحرية ومعنى الخطر في المعاوضة
مبطل لها [illegible] فارق غلة الدار الواحدة لان الغالب فيها السلامة قوله والتهايؤ في
الخدمة جوز ضرورة هذا جواب اشكال يرد على قوله لان التفاوت في اعيان الرقيق الى آخره
وهو ان يقال لما كان التعليل بالتفاوت في اعيان الرقيق معقولا عليه لما جاز ذلك في الاستخدام
فاجاب ان في الاستخدام ضرورة لانه لا يمكن قسمتها ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها
عينا قوله الحيلة ان يبيع حصته للاخرى اي من الشجر او الغنم

كتاب المزارعة

اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع هي تقتضي فعلا من الجانبين كالمواخذة والمقاتلة
وفعل الزرع يوجد من احد الجانبين انما سمي بها بطريق التغليب كالمضاربة مفاعلة من
الضرب قوله قال ابو حنيفة ره المزارعة بالثلث والربع باطلة وانما قيد بالثلث والربع مع
انه لا يجوز المزارعة بالنصف وكذا بالخمس والسدس وغير ذلك من المقادير عنده تبركا
بلفظ الحديث وهو ما روي عن زيد بن ثابت رضه ان النبي عليه السلام نهى عن المخابرة فقيل
وما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع وانما خص في الحديث بذلك لكان العادة في ذلك
الوقت بذلك التقدير قوله فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان الانسان
قد يكون له ارض المزارعة وقد يكون مهتديا ولا يكون عنده ارض فمست الحاجة الى انعقادها
لينتظم مصلحتهما ويحصل مقصودهما من الريع كما في المضاربة فان ذا المال قد لا يهتدي الى
العمل والقوي عليه لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم

Copyright © King Saud University

التحاج ومعه القوم معاملة بنصف الاولاد وكالا بريسم فان تلك الوظايف يتولد من العلف ولا اثر
لعمل الساعي والحافظ فيها واما حصول الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشرهما باختياره فلم
يتحقق شركة مع انه ليس في ذلك العقد عرف ظاهر فاما هنا فلعمل الزراع تاثير في حصول الخارج والعرف
ظاهر في عامة البلدان بخلافه **قوله** ولنا ما روى انه عليه السلام نهى عن المخابرة وهي المزارعة من الخبر
وهي الاكار معالجة الخبار وهي الارض الرخوة وقيل من الخبرة وهي النصيب لانه استيجار والدليل
على انه استيجار لا يصح الا بذكر المدة وذلك من خصايص الاجارات فكان هذا استيجارا ببعض ما
يخرج منه فيكون في معنى قفيز الطحان وهو ان يستاجر رجلا ليطحن له كرا من الحنطة بقفيز من
دقيقها معتادا عشرة اقفزة او اقل او اكثر ومعدوم اي على تقدير انه لا يخرج من الارض او اصابه
افة او ان ذلك الاجر لا يثبت في الذمة فيكون معدوما حقيقة بخلاف ما اذا استاجر شيئا او
ليس في ملكه شيء من الاجر حيث يصح الاستيجار لوجود الاجر في الذمة ومعاملة النبي صلى الله عليه
وسلم اهل خيبر كان خراج مقاسمة والخراج على نوعين خراج وظيفة وخراج مقاسمة فخراج
الوظيفة ان يوظف الامام كل سنة على مالها كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع اهل نجران
على ان يدفعوا كل سنة الفا ومائتي حلة ستمائة في محرم وستمائة في رجب والمقاسمة هي ان
تقسيم الامام ما يخرج من الارض كما صالح النبي صلى الله عليه وسلم مع اهل خيبر على ان ما
يخرج من اراضيهم نصفه للنبي صلى الله عليه وسلم ونصفه لاهلها كذا ذكره الامام المحبوبي
في ذكره الجامع الصغير وليس في هذا الحديث حجة لمن جوز المزارعة لان ذلك كان على
سبيل المصالحة فانه لو اخذ الكل جاز لانهم ملكه غنيمة وكان ما تركه في ايديهم فضلا وقد
اجمعوا على ان عقد المزارعة لا يصح الا ببيان المدة المعلومة ولم يقع في الحديث حجة واما
الجواب عن اعتبارهم بالمضاربة قلنا لا يصح الاستدلال بعقد المضاربة لان معنى الشركة
ثمة اغلب حتى صح بدون ضرب المدة فيكون الربح مستولدا من العمل والمال جميعا وعقد
الشركة ثمة ينعقد على محض العمل كان في شركة الاعمال فلم يكن المزارعة نظير المضاربة
لان معنى الاجارة في المزارعة اغلب لاشتراط المدة فيها بخلاف المضاربة فامتنع
الاستدلال بعقد المضاربة كذا في الايضاح **قوله** فالخارج في الوجهين لصاحب البذر
لانه نماء ملكه اي فيما اذا كان البذر من قبل العامل او من قبل رب الارض **قوله** كما فصلنا
وهو قوله وهذا اذا كان البذر من قبل صاحب الارض واذا كان البذر من قبله فعليه اجر
مثل الارض الا ان الفتوى على قولهما لحاجة الناس اليها ولظهور تعامل الناس بها والقياس
يترك بالتعامل كما في الاستصناع **فان قيل** التعامل على خلاف النص باطل **قلنا**
النصوص الواردة في المجتهدات خصت النصوص والا لا يحل لاحد الخلاف فيها او نحملها
على ما اذا اشترط شرطا مفسدا فقد روي انهم كانوا يشترطون فيها شيئا معلوما من الخارج

لب

لرب الارض ونحو ذلك مما هو مفسد بعينها **قوله** والثالث ان يبين المدة وفي الذخيرة ومن
الشروط بيان المدة بان يقول الى سنة او سنتين وما اشبه ذلك وان بين وقتا لا يتمكن
فيه من الزراعة فسدت المزارعة فصار ذكره ولا ذكره سواء وكذا اذا بين مدة لا يعيش احدهما
الى مثلها غالبا لانه لا يصح في معنى اشتراط العقد الى ما بعد الموت وعن محمد بن سلمة ان
المزارعة من غير بيان المدة جائزة ويقع على سنة واحدة اي على زرع واحد وبه اخذ الفقيه
ابو الليث **قوله** لانه عقد على منافع الارض اي اذا كان البذر من قبل العامل او منافع العامل
اي اذا كان البذر من قبل رب الارض والمدة هي المعيار لها اي للمنافع ليعلم بها اي العقد
بالمدة **قوله** واعلاما للمعقود عليه فان البذر اذا كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة
الارض وان كان من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل ولا بد من بيان المعقود
عليه لان الجهالة تؤدي الى المنازعة بينهما **قوله** والسابع الشركة في الخارج بعد حصوله بعني
ينبغي ان لا يشترط فيه قفزانا معينة لاحدهما اذ يجوز ان لا يخرج من الارض الا ذلك القدر
فلم يبق شركة على ذلك التقدير ومن شرايطها بقاء الشركة **قوله** وهي عندهما على اربعة
اوجه المراد المزارعة المستعملة بين الناس او المزارعة الصحيحة لانها على ثلاثة اوجه ولا الفاسدة
لانها كذلك على ثلاثة اوجه ولا مطلق المزارعة لانها على ستة اوجه واعلم ان مسايل المزارعة
في الجواز والفساد مبنية على اصل وهو ان المزارعة تنعقد اجارة وتتم شركة وانما تنعقد اجارة
على منفعة الارض او على منفعة العامل ولا يجوز على منفعة غيرهما من منفعة البقر والبذر لان
الاجر فاخذنا فيه بالقياس لان الاستيجار ببعض الخارج لا يجوز قياسا واما في استيجار الارض
واستيجار العامل فقد ورد به الشرع فتقولوا به وما كان كذلك كان ما وراه من صور عدم الجواز
وهو من قبيل استيجار غير الارض والعامل ببعض الخارج او كان الشرط على احدهما شيئين غير
متجانسين فلم يكن احدهما تبعا للاخر ولكن المنظور فيه هو استيجار الارض والعامل ببعض
الخارج وغير ذلك لا اثر هذا هو الاصل الذي يبتنى عليه مسايل المزارعة **قوله** كما اذا استاجر
خياطا ليخيط بابرة اي بابرة الخياط كان الاجر مقابلا بالخياطة دون الابرة فكذا هنا
يكون الخارج بازاء العمل دون البقر فلم يصر مستاجرا للبقر ببعض الخارج فيصح **قوله** لا
او شرط البذر والبقر عليه اي على رب الارض يجوز وكذا اذا شرط وحده اي اذا شرط البقر
وحده **قوله** كل ذلك بخلق الله تعالى وهذا الكلام في هذا المقام مستغن عنه لكنه ذكره تنبيها
على انه من اهل السنة والجماعة حيث جعل منفعة البقر التي يقام بها العمل مخلوقة لله تعالى
خلافا للمعتزلة وفيه ايضا اشارة الى ان عدم المجانسة ليس باعتبار ان احدهما بخلق الله تعالى
والاخر ليس كذلك على ما قاله البعض بل كلاهما بخلق الله تعالى وعدم المجانسة لمعنى اخر
بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان لان البقر آلة العمل فجعلت تابعة لمنفعة العامل

Copyright © King Saud University

قوله وههنا وجهان اخران اي فاسدان لانه لا يجوز عند الانفراد اي انفراد البقر والبذر بكل
من احدهما البقر لا غير والبذر لا غير قوله والخارج في الوجهين لصاحب البذر والوجهان
ما ذكرهما فاحدهما ان يكون البذر لاحدهما والباقي للاخر والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما
والباقي للاخر والثاني ان يكون البذر والبقر لاحدهما والباقي للاخر وذكر في المبسوط بعد ما ذكر
هذا نفي اشكال وهو انه اوجب لصاحب البذر للارض اجر مثل ارضه ولم يسلم صاحب الارض الارض
ههنا الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه اجر مثله ولكنا نقول اصابت منفعته اي منفعة العامل
ومنفعة الارض كلها مسلمة الى صاحب البذر بسلامة الخارج حكما وكذلك ان لم يخرج الارض
شيئا لان عمل العامل بامره في القاء البذر كعمله بنفسه فيستوجب اجر المثل في الوجهين قوله الا
شاملة معلومة لما بينا ان الادمي قوله في بيان شروط المزارعة والثالث بيان المدة لانه عقد
على منافع الارض الى اخره قوله وصار كما اذا شرطا دفع الخراج هذا اذا كان الخراج موظفا
اما اذا كان خراج مقاسمة فهو جائز قوله ما على الماذيانات والسواقي الماذيانات جمع الماذيان
وهو اصغر من النهر واعظم من الجدول فارسي معرب وقيل ما يجتمع فيه ماء السيل ثم يسقى
منه الارض والسواقي جمع الساقية وهي فوق الجدول دون النهر قوله والمفسد هو الشرط
اي المفسد هو الشرط الفاسد الذي لا يلائم العقد وهو ان يشرطا التبن لغير صاحب
البذر وههنا سكتا عن ذكر الشرط الفاسد والسكوت عن ذكر الشرط الفاسد لا يكون
مفسدا قوله اعتبارا للعرف فيما اذا لم ينص عليه المتعاقدان والعرف عندهم ان الحب والتبن
يكون بينهما نصفان وتحكيم العرف عند الاشتباه واجب والجواب عما قال مشايخ بلخ ان
الاصل فيه عدم الجواز لانها تنشأ مع المنافي فبعد ما وجد المجوز يعمل به وما لم يوجد فلا
والبيع يقوم بشرط الاصل اي يثبت بشركة الاصل وقد وجد شرايط الشركة في الاصل
وهو الحب لانهما اشترطا فيه الشركة فيثبت الشركة في التبن ايضا تبعا للحب كالامام اذا
دخل المصر ونوى الاقامة يصير الجندي مقيما وان لم يكن في موضع الاقامة وكذا المولى مع
العبد قوله وان شرطا التبن للاخر اي لغير صاحب البذر فسدت لانه شرط يؤدي الى
قطع الشركة ربما يصيبه افة ولا ينعقد الحب فلا يخرج الا التبن قوله والا كانت اجرة
فالاجر مسمى فلا يستحق غيره فان قيل يشكل على هذا ما اذا استاجر رجلا باجر هي
عين يعمل الاجير وهلكت الاجرة قبل التسليم على هذا يجب على المستاجر اجر المثل فينبغي
ان يكون ههنا كذلك لان المزارعة قد صحت والاجر مسمى وهلك الاجر قبل التسليم وانما
قلنا ان الاجر المسمى ههنا بمنزلة الاجرة التي هي عين لانه لو اراد ان يعطيه من الخارج من
ارض اخرى لا يجوز وان كانت ذلك مثل نصيبه فيما ذهب قلنا انما يجب اجر المثل فيما اذا
كانت الاجرة عينا ان لو هلكت قبل التسليم اما اذا هلك بعد التسليم الى الاجير لا يجب

هنا

فيصير
هنا هلك بعد لان المزارع يقبض البذر الذي يتفرع منه الخارج وبقبض الاصل يقبض الفرع
كالقابض للاجر من هذا الوجه والاجر المعين متى هلك بعد قبض الاجير لا يجب شيء اخر قوله
فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر هو الصحيح هو احتراز عن قول بعض اصحابنا انهم قالوا معنى
نقل الجملة فعلى العامل اجر مثل الارض والبقر لانه يغرم له اجر مثل الارض مكروبة فاما البقر لا
يجوز ان يستحق بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب اجر المثل
لا يكون بدون انعقاد العقد فالمنافع لا تتقوم الا بالعقد ولكن الاصح ان عقد المزارعة
من جنس الاجارة ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها عقد المزارعة
بصفة الفساد ويجب اجر مثلها كما يجب اجر مثل الارض كذا في المبسوط قوله فامتنع صاحب البذر
من العمل لم يجبر عليه اي قبل القاء البذر واما بعد القائه فيجبر لان عقد المزارعة يكون لازما
من الجانبين بعد القاء البذر قوله لانه لا يمكنه المضي بالوفاء بالعقد الا بضرر لانه التزم اقامة العمل
وهو قادر على اقامة العمل كما التزم العقد وهو موجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود
عليه فاما اذا امتنع صاحب البذر عن العمل ففي الزام العقد اياه ضرر فيما لم يتناوله العقد
لان البذر ليس معقودا عليه وفي القائه في الارض اتلاف كذا في المبسوط قوله فاما فيما بينه وبين
الله تعالى فيلزمه استرضاء العامل لانه غره اي يعني بان يعطي العامل اجر مثل عمله لانه انما
يستعمل باقامة العمل المشروع فيحصل له نصيبه من الخارج فاذا اخذ الارض بعد ما اقام هذه
الاعمال من كراب الارض وحفر الانهار كان هذا تغريرا للعامل والغرور مدفوع
فيفتى بان يطلب رضاه قوله وقد مر الوجه في الاجارات وهو قوله لو بقي العقد يصير المنفعة
المملوكة او الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك
لا يجوز قوله ترك الارض في يد المزارع حتى يستحصد اي يبقى عقد المزارعة الى ان يستحصد
ولا يثبت اجارة مبتداة حتى لا يجب الاجر على المزارع قوله لما بينا اشارة الى قوله لان
المنافع انما تتقوم بالعقد الى اخره قوله معناه حتى يستحصد اي حتى قوله والنفقة على
الزرع عليهما بيان النفقة على الزرع عليهما حتى يستحصد الزرع قوله وهذا بخلاف
ما اذا مات رب الارض والزرع بقل حيث يكون العمل فيه على العامل مسئلة الموت يخالف
مسئلة انقضاء المدة في الاحكام الثلثة وهي وجوب اجر الارض والاشتراك في العمل
حيث لم يجب اجر مثل نصيبه من الارض على العامل وان انفق احدهما بغير اذن صاحبه
وامر القاضي فيما اذا انقضت مدة المزارعة فهو متطوع لانه انفق على ملك الغير بغير اذنه
وبغير امر من يلي عليه فان قيل هو مضطر في هذا الانفاق لانه يحيي حق نفسه فلا يوصف
بالتبرع قلنا لو غير مضطر في ذلك لانه يمكنه الانفاق بامر القاضي فلانه غير مجبور على
الانفاق فكان متطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا استرمت فانفق احدهما في مرمتها بغير امر

Copyright © King Saud University

صاحبها كان متطوعا في ذلك **قوله** لم يجبروا على العمل لما بينا وهو قوله لان ابقاء العقد بعد
وجود المنهي نظر لهما الى اخره والمالك على الخيارات الثلاث لكن في هذه الصورة لو رجع المالك
بالنفقة يرجع بكلها اذ العمل على العامل مستحق بابقاء العقد **قوله** والدياس وهو ان يدفع
الزرع الى البيدر **قوله** وهذا الحكم اي كون اجرة الحصاد والدياس والرفاع والتذرية عليهما
ليس بمختص بما ذكرنا من الصورة وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك **قوله** وعن ابي يوسف
ره يجوز اذا شرط ذلك على العامل وقال الفقيه ابو بكر البلخي ره كان محمد بن سلمة وغيره
من مشايخ بلخ ره يفتون بجواز المزارعة مع هذه الشرط ويزيدون على هذا ويقولون
يجوز شرط النفقة والحمل الى منزل رب الارض لان المزارعة بهذه الشرائط متعارف
فيما بين الناس كذا في الذخيرة **قوله** لانه مال مشترك بينهما بعد القسمة مشتركا باعتبار
ما كان او باعتبار ان المجموع بعد القسمة بينهما كما يقال شركاء القرية والملاكهم متميزة منفصلة
الا انهم يسمون شركاء باعتبار اتصال الاملاك بعضها ببعض والله اعلم **كتاب**
المساقات هي مفاعلة من السقي وهي المعاملة في الاشجار ببعض الخارج منها قال
ابو حنيفة ره المساقات بجزء من الثمر اي مشاعا باطلة وقالا جائزة وقال الشافعي ره
مالك ره المعاملة جائزة ولا يجوز في المزارعة الا تبعا للمعاملة وشرط التبعية عند
مالك ره ان يكون الاصل ضعف التبع لانه يتحقق التبعية والمعاملة انما يصح عنده اذا
شرط النفقات كلها على العامل لانه من تمام العامل العمل **قوله** والكلام فيه كالكلام
في المزارعة وشرائطها هي الشرائط التي ذكرت في المزارعة بما يصلح شرطا للمساقات
وفي فتاوي قاضيخان منها بيان نصيب العامل فان بينا نصيب العامل وسكتا عن نصيب
الدافع جاز استحسانا كما قلنا في المزارعة ومنها الشركة في الخارج كما في المزارعة ومنها
التخلية بين الاشجار والعامل ومنها بيان الوقت وان سكتا عن الوقت جاز استحسانا
ويقع على اول ثمرة يكون في تلك السنة فان لم يخرج في تلك السنة ثمرة ينقض المعاملة
قوله وادراك البذر في اصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمر اي اذا دفع اليه رطبة قد
انتهى جزازها على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يخرج بذرها على ان ما رزق الله تعالى
في ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا لان لادراك
البذر وقتا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة
فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها **قوله** بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف كثيرا خريفا
وصيفا وربيعا فان من الناس من يزرع في الخريف ومنهم من يزرع في الربيع ومنهم من
يزرع في الصيف واذا كان ابتداء العمل مما يتقدم ويتاخر عن كان الانتهاء كذلك
فكانت المدة مجهولة فلا يجوز **قوله** ولم يبلغ الثمر اي ولم تبلغ الغرض الا بمدة

يجوز

يجوز الا ببيان المدة بذكر سنين معلومة لانه لا يدري في كم يحمل الشجر والنخل والكرم الثمر والا
يتفاوت مواضعها من الارض بالقوة والضعف فان بين مدة معلومة صار مقدار
المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا ذلك لا يجوز **قوله** وبخلاف ما اذا
دفع نخلا او اصول رطبة على ان يقوم عليها اي يذهب اصولها وينقطع نباتها فانه لا يجوز لما
اذا دفع النخل واصول الرطبة حتى ان يقوم عليها معاملة مطلقا فيجوز اذا كان للرطبة
جزاز معلوم وتقع المعاملة في النخل على اول ثمرة يخرج وفي الرطبة على اول جزة يجز واما
اما ان لم يكن للرطبة جزاز معلوم فلا يجوز سواء قيد بذهاب اصولها او اطلق ولم يذكر
شيئا وهو ان المراد من قوله او اطلق في الرطبة لان في كل منهما جهالة المدة في الرطبة بخلاف
النخيل فانه لو قيد بقوله دفعتكما معاملة الى ان يذهب اصولها فلا يجوز وان اطلق فجوز ذلك
فهو جائز ويقع المعاملة على اول ثمر يخرج في تلك السنة وفي المبسوط في باب المعاملة
لو دفع اليه اصول الرطبة على ان يقوم عليها ويسقيها حتى يذهب اصولها وينقطع نباتها
على ان الخارج بينهما نصفان فهذا فاسد وكذلك النخيل والشجر لانه ليس كذلك نهاية
معلومة في العادة وجهالة المدة في المعاملة تفسد المعاملة وفي الايضاح والذخيرة
ولو دفع الى رجل اصول رطبة نابتة في الارض معاملة ولم يسم سنة ولا اكثر من ذلك
فهذا على وجهين فان لم يكن لجزازها وقت معلوم فالعقد فاسد وان كان لجزازها
وقت معلوم فالعقد جائز ويقع على الجزء الاول فهذا لان الرطبة ما دام ولا طول لها
المدة فمتى لم يكن وقت الجزاز معلوما كان مدة المعاملة مجهولة بخلاف الثمر لان لادراكه
وقتا معلوما اذا بلغ ذلك الا شداد يعقبه الفساد ان طال الزمان اما الرطبة فلانها **قوله**
فالاصل في النصوص ان يكون معلولة سيما على اصله فانه يقول بالتعليل ما لم يقم
الدليل على ان هذا النص معلول في الحال فلا يستقيم منه دعوى قصر حكم المعاملة على
النخيل والكروم باعتبار عدم ورود الاثر فيها **قوله** بخلاف المزارعة بالاضافة الى صاحب
البذر لما بينا اي اذا امتنع صاحب البذر ولا يجبر عليه لانه في القاء بذره في الارض اتلاف
ملكه فلو انه لا يرضى به وههنا لا يحتاج رب الكرم في ابقاء العقد الى اتلاف شيء من ماله
فيلزم العقد من الجانبين ولا ينفرد واحد ههنا بفسخه الا بعذر كسائر الاجارات **قوله**
بين الخيارات الثلاث التي بيناها اي ان شاؤوا قسموا البسر نصفين وان
شاؤوا اعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله لهم وان شاؤوا انفقوا على البسر حتى يبلغ
ويرجعوا بالنفقة في حصة العامل من الثمر كما في المزارعة **قوله** وهذا خلاف في حق
الى وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا ان يكون وارثه في الخيار خلافا
لانه قال الخيار الشرط لا يورث فكيف يثبت الخيار لورثة العامل وفي المبسوط لسانا

Copyright © King Saud University

جميعا كان الخيار في القيام عليه وفي الشركة الى ورثة العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد
كان له في حيوته هذا الخيار بعد فسخ رب الارض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس
هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالي مستحق عليه
وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك **قوله** لكن بغير اجر على العامل في مقابلة نصيبه
من الثمرة التي بقيت على الشجر بعد انقضاء المدة **قوله** لان الشجر لا يجوز استيجاره حتى
لو اشترى ثمارا على الاشجار ثم استاجر الاشجار الى وقت الادراك لا يجب عليه اجر **قوله** بخلاف
المزارعة في هذا اي فيما اذا انقضت مدة المزارعة لان الارض يجوز استيجارها فان من
اشترى زرعا في الارض ثم استاجر الارض مدة معلومة جاز ووجب المسمى وان استاجرها
الى وقت ادراك الزرع وجب اجر المثل واذا ظهر هذا الفرق يتفرع عليه فرق آخر وهو ان
العمل هناك عليهما بحسب ملكيهما في الزرع لان رب الارض لما استوجب الاجر على العامل
لا يستوجب عليه العمل في نصيبه بعد انتهاء المدة وهنا العمل على العامل في الكل لانه
لا يستوجب رب النخل عليه اجرا بعد انقضاء المدة كما كان لا يستوجب عليه ذلك قبل
انقضاء المدة فيكون العمل على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة **قوله** و
تاويل احدهما ان يشترط العمل بيده فيكون عذرا من جهته لانه يعجز عن استيفاء المعقود عليه
قوله وفي تخريجها طريق آخر وهو ان يكون مشتريا نصف الغراس منه بنصف الارض والغراس
مجهولة فلا يجوز **قوله** وهذا اصحهما ذكره في مزارعة المبسوط بعد ذكر صورة المسئلة فجميع الثمر
والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل ثم قال ووجه هذا في المسئلة طريقان
ذكرناهما في كتاب الاجارات احدهما انه اشترى منه نصف الغرس بنصف الارض والاخر انه
اشترى منه جميع الغرس بنصف الارض والاصح انه استاجره ليجعل ارضه بستانا بالات نفسه
على ان يكون اجره نصف البستان الذي يظهر بعمله والاته وذلك في معنى قفيز الطحان الا
ان معنى الشرى يشملهما وطريقا آخر طريق الاجارة وهو اصحهما وفي فتاوى قاضيخان
رجل دفع الى رجل ارضا معلومة على ان يغرس المدفوع اليه فيها اغراسا على ان ما يحصل
من الاغراس والثمار بينهما جاز والله اعلم

كتاب الذبائح

هي جمع ذبيحة وهي
اسم لما يذبح كالذبح والذبح مصدر ذبح اذا قطع الاوداج والذكاة الذبح اسم من ذكى
الذبيحة اذا ذبحها وهي شرط لحل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم وحكمها بعد الاستثناء
بخلاف ما قبله **قوله** لانها ينبئ عنه اي الذكاة ينبئ عن الطهارة قال عليه السلام ذكاة الارض
يبسها اي طهارة الارض يبسها اي جفافها من رطوبة النجاسة طهرت وطابت كما بالذكوة
يطهر الذبيحة ويطيب كذا في الصحاح والمغرب **قوله** او دعوى كالكتابي
ثم انما يحل ذبيحة الكتابي فيما اذا لم يذكر وقت الذبح عزيرا او اسم المسيح واما اذا ذكر ذلك

فلا يحل

فلا يحل كما لا تحل ذبيحة المسلم اذا ذكر وقت الذبح غير اسم الله تعالى لقوله تعالى وما اهل لغير الله به
فحال الكتابي في ذلك لا يكون اعلى حالا من حال المسلم **قوله** وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا
وهو قوله تعالى الا ما ذكيتم وهو عام يتناول المسلم والكتابي وقوله تعالى وطعام الذين اوتوا
الكتاب حل لكم والمراد طعام لحقه الذكوة من جهتهم لانه نص اهل الكتاب بالذكوة وفيما لا
يلحقه الذكوة يستوي الكتابي والمجوسي كالسمك ونحوه **قوله** ويحل اذا كان يعقل التسمية
قيل معناه ان يعلم ان حل الذبيحة بالتسمية وفي نسخة والذبيحة اي شرائطها من قطع الاوداج
ونحوه ويضبط اي يقدر على قطع الاوداج ويحسن القيام **قوله** ويعتبر ما هو عليه عند
الذبح لا ما قبله حتى لو تمجس يهودي او نصراني لم تحل صيده ولا ذبيحته بمنزلة ما لو كان
مجوسيا في الاصل وان تهود مجوسي او تنصر يحل صيده وذبيحته كما لو كان عليه في الاصل
لانه يقر على ما اعتقده عندنا لانه صادف نفي التوحيد فلا نجبره على العود
الى دعوى الاثنين فاذا كان يقر على ما اعتقده التحق بما كان عليه في الاصل **قوله** ولان
التسمية لو كانت شرطا للحل لما سقط بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة لانها لو كانت
التسمية من شرائط الحل كانت مامورا بها وفي المامور به لا فرق بين النسيان والعمد كقطع
الحلقوم والاوداج والتكبير والقراءة في الصلوة انما يقع الفرق في المزجور كالاكل والشرب
في الصوم لان موجب النهي الانتهاء والناسي يكون منتهيا اعتقادا فاما موجب الامر
الائتمار والتارك ناسيا او عامدا لا يكون موتمرا **قوله** والسنة وهو حديث عدي وهو
قوله عليه السلام اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله تعالى عليه فكل وان شارك كلبك
كلب اخر فلا تاكل فانك انما سميت على كلبك ولم تسم على كلب غيرك فعلل الحرمة بانه لم
يسم على كلب غيره وهو دليل الحرمة اذا لم يسم على كلب نفسه **قوله** والسمع غير مجرى على
ظاهره هذا جواب عن قول مالك رحمه الله حيث احتج بظاهر قوله تعالى ولا تاكلوا مما لم يذكر اسم
الله لان ذبيحة الناس مختلفة في الصدر الاول ولم يحتج الله محتاج منهم بظاهر السمع
لو اريد به ظاهره فخرجت المحاجة منهم وظهر الانقياد دون المخالفين وارتفع الخلاف بينهم
فان قيل الناسي مخصوص من النص فيخص العامد بالقياس **قلنا** الناسي ليس بمخصوص
منه لانه ذاكر تقديرا لقيام الملة مقام الذكر **فان قيل** فليقم الملة مقام الذكر في حق العامد
ايضا **قلنا** اقام الملة مقام التسمية في حق الناسي بالحديث وهو معذور ومستحق للنظر
والتخفيف لا يدل على اقامتها مقام التسمية في حق العامد وهو غير معذور ولان الناسي
لا يخلو من ان يكون مرادا منه او لم يكن فان كان مرادا لا يكون مخصوصا وحيث لزم ارادة
العامد بالطريق الاولى فان لم يكن مرادا لزم ارادة العامد صونا للنص عن التعطيل
فان قيل النص مجمل فانه لا يدري انه اريد به حال الذبح او حال الطبخ او حال الاكل

الاحتجاج بالجمل لا يسمع قلنا اجمع السلف على ان المراد به حال الذبح لا سائر الاحوال فلا يكون حجة
وقوله الاقامة في حق الناسي وهو معذور لا يدل عليها في حق العامد فلا علم جواب عن
قول الشافعي رحمه وما رواه اى الشافعي رحمه وهو قوله عليه السلام المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى
او لم يسم قوله وهذه ثلاث مسائل احدها ان يذكر موصولا لا معطوفا فيكره ولا يحرم
الذبيحة ونظيره ان يقول بسم الله محمد رسول الله ان قال بالرفع يحل وان قال بالخفض
لا يحل هكذا ذكر في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو وقال بعضهم على قياس ما روي
عن محمد رحمه انه لا يرى الخطاء في النحو معتبرا في باب الصلوة ونحوها لا يحرم الذبيحة كذا
في الذخيرة وذكر الامام التمرتاشي رحمه ذكر اسم الله واسم الرسول موصولا بغير واو فهذا
على اوجه اما ان نصب محمدا او خفضه او رفعه وفي كلها يحل لان اسم الرسول غير مذكور
على سبيل العطف فيكون مبتدئا لكن يكره لوجود الوصل صورة وان ذكر مع الواو ان خفضه
لا يحل لانه يصير ذابحا بهما وان رفعه يحل لانه كلام مبتدأ وان نصبوا اختلفوا فيه وعلى هذا
القياس لو سمى اخر مع اسم الله تعالى قوله منقول عن ابن عباس رضى اي في قوله فاذكروا اسم
الله عليها صواف وذكر في ذبائح الذخيرة قال البقالي المستحب ان يقول بسم الله والله اكبر
ثم قال وذكر شمس الائمة الحلواني رحمه ان المستحب ان يقول بسم الله الله اكبر بدون الواو وقال مع
الواو يكره لانه يقطع فور التسمية قوله وفي الجامع لا باس بالذبح في الحلق كله وسطه واعلاه
واسفله وانما اعاد لفظ الجامع الصغير لان فيه بيان ان محل الذبح الحلق وللشيخ ذلك في
قوله الذبح بين الحلق واللبة وهو رواية المبسوط فاطلاق هذه يقتضي ان يحل المذبوح
وان وقع الذبح اعلى من الحلقوم لكونه ما بين اللبة واللحيين وقد صرح في ذبائح الذخيرة
باب الذبح اذا وقع اعلى من الحلقوم لا يحل وفي فتاويها اهل سمرقند قصاب ذبح الشاة في
ليلة مظلمة فقطع اعلى من الحلقوم او اسفل منه يحرم اكلها لانه ذبح في غير المذبح وهو
الحلقوم فظهر ان رواية الجامع الصغير مقيدة لرواية المبسوط ويخالفه ما ذكر في فتاوى
الامام الرستغفني رحمه سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب
ان يبقى مما يلي الراس ايؤكل ام لا قال هذا قول العوام من وليس هذا بمعتبر ويجوز اكلها
سواء بقيت العقدة مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع اكثر الاوداج وقد وجد قوله
افري الاوداج الفري القطع للاصلاح والافراء للافساد بكسر الهمزة هنا اليق قوله و
هي اسم جمع اقله الثلث فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يصير للجنس ويلغو فيه معنى
الجمعية كقوله تعالى لا يحل لك النساء قلنا انما يصار الى الجنس اذا لم يكن ثمة معهود وهنا
العروق التي يرد عليها الذبح معهودة معلومة ايضا فلا يصار الى الجنس ولا يلغو صيغة
الجمع ولان المقصود ازالة الروح وسيل الدماء السائلة على السرعة اذ في الابطاء زيادة

تعذيب

تعذيب هي منهي وهذا المقصود انما يحصل بقطع هذه العروق لا بقطع منها قوله فيتناول الودجين
والمري اي بطريق التغليب قوله الا انه لا يمكن قطع هذه الثلاثة الا بقطع الحلقوم فيثبت
قطع الحلقوم باقتضائه انما قال ان النص تناول المري من حيث اللفظ والحلقوم بطريق
الاقتضاء لان قطع مجرى النفس ابلغ في حصول المقصود من قطع مجرى العلف وقد نص
على المري بمجرى النفس قوله بخلاف ما اذا انقطع النصف لان الاكثر باق فكانه لم يقطع
شيئا احتياطا لجانب الحرمة يعني انه لما كان الرجحان لجانب التحريم كان للنصف الباقي
حكم الاكثر ويحتمل ان يريد ان الاكثر من الثلاث القائم مقام الذبح باق فانه اذا ترك
الاثنان غير مقطوع يكون الباقي اكثر ما شرط قطعه للحل وهما ثلثا القائم فان قيل
المقطوع ايضا اكثر ما شرط قطعه للحل قلنا الاكثر المتروك اولى من اعتبار الاكثر في
المقطوع ترجيحا للمحرم ويمكن ان يقال المراد الاكثر من الواحد باقي تحريم لان المرخص
ترك الواحد لا غير قوله كل ما انهر قيل الذكاة انهر الدم وافرى الاوداج لا يكون ماكولا
وروي عن الشيخ الاسبيجابي رحمه انه سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن آلة الذبح فقال
كل ما انهر الدم وافرى الاوداج والقطها وتركوا مقدمة الحديث هنا هكذا ذكر في غريب
الحديث لابي عبيد رحمه قوله ان عينها موتان ذكر في المبسوط في هذه المسئلة انها تعرف
ما يراد كما جاء في الخبر ابهمت البهائم الا عن اربعة خالقها ورازقها وحتفها وسفادها
فاذا كانت تعرف ذلك وهو يحد الشفرة بين يديها كان فيه زيادة ايلام غير محتاج اليه
قوله النخاع خيط ابيض في جوف عظم الرقبة ممتد الى الصلب والفتح والضم لغة في الكسر
ومن قال هو عرق فقد سهى ثم ان ذلك النخاع بالباء يكون في القفار ومنه نخع الشاة اذا
بلغ بالذبح ذلك الموضع والنخع ابلغ من النخع على ما مر اي في اول الذبائح وهو قوله رب
الثاني كالبدل من الاول قوله لما بينا وهو قوله لان ذكوة الاضطرار انما يصار اليه عند
العجز وهو الذي ذكره فيما اذا علم ان الموت ما فات من عوام وجرحه وفي الذخيرة
بعير تردى في بئر فوجاه رجل حارثة يعلم انه لا يموت منها فمات لا يؤكل وان كان لا يعلم انه يموت منها
لا يؤكل وفي النوازل بقرة تعسرت عليها الولادة فادخل صاحبها يده وذبح الولد لا يؤكل
ان جرح في غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على ذبحه يحل ايضا وان كان يقدر لا يحل
في الوجهين اي فيما توحش من النعم وفيما تردى منها في بئر اسفل العنق عند الصدر
والذبح قطع العروق في اعلى العنق تحت اللحيين قوله ذكوة الجنين ذكوة امه اي ذكوة
الام عندهما نائبة عن ذكوة الجنين كما يقال لسان الوزير لسان الامير وبيع الوصي
بيع اليتيم وانما يؤكل الجنين بذكوة الام عندهما اذا تم خلقه واذا لم يتم خلقه لا يؤكل
وفي النوازل رجل له شاة حامل فاراد ذبحها ان تقاربت الولادة يكره ذبحها لان فيه

Copyright © King Saud University

تضيعا لما في بطنها من غير فائدة وهذا التقريب انما يأتي على قول ابي حنيفة رح وفيما اذا خرج الجنين
اذا خرج حيا ولم يكن من الوقت ما يقدر على ذبحه فمات يوكل وهذا التقريب على قول
ابي يوسف ومحمد رح ولهما ان ابا سعيد الخدري رض سال النبي صلى الله عليه وسلم ف
قال انا ننحر الجزور ونخرج من بطنها جنينا ميتا انلقيه ام ناكل فقال عليه السلام كلوه فان
ذكوة الجنين ذكوة الام ولهذا كان منفكا يحل بالاجماع او تقطعه تبع الام اذا ذكيتم ومن
الدليل الواضح لهما انه يحل بذبح الشاة ولم يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا لما فيه
من اتلاف الحيوان لا للاكل وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك **قوله** ولابي حنيفة
رح انه اصل في الحيوة حتى يتصور حيوته بعد موتها وعند ذلك تفرد بالذكوة والمراد
بالحديث التشبيه لا النيابة اي ذكوة الجنين كذكوة امه وما ذكر من القصة اي ان ابا سعيد
الخدري رض سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانه لا يكاد يصح ولو ثبت فالمراد من
قوله فيخرج من بطنها جنينا ميتا اي مشرفا على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم
ميتون ومعنى قوله كلوه اذبحوه وكلوه واما قولهم انه يحل الشاة الحامل ولو لم
يحل الجنين بذبح الام لما حل ذبحها حاملا قلنا اباحة ذبح الحامل لانه يتوهم ان ينفصل
الجنين حيا فيذبح او لان المقصود لحم الام وذبح الحيوان لغرض صحيح حلال كما لو ذبح ما
ليس بماكول المقصود الجلد **قوله** وانما يدخل في بيع الام تحريا بالجواز يعني الولد انما يدخل
في بيع الام كيلا تفسد بيع الام فانه لو لم يدخل في بيع الام كان ذلك بمنزلة استثناء الولد
من بيع الام فانه مفسد لبيع الام فيدخل الولد في بيع الام تحريا لجواز بيع الام **قوله**
ويعتق باعتاقها يعني انه اعتق عند اعتاق الام بطريق السراية من الام والسراية
مخصوصة بالصفات الشرعية وكونه منذكى من الصفات الحسية والقائم مقام ذكوة الاختيار
ما هو خلف عنه وهو ما يقيد مقصودها بوصف العضو عنها في افادته وهو الجرح
المزهق ولهذا لو اصاب السهم الظلف او القرن فمات لا يحل لعدم الجرح واما قولهم انه
يتغذى بغذاء الام قلنا لا ثم بل يغتذيه الله تعالى في بطن الام عن غير غذاء او يوصل الله تعالى
الغذاء اليه كيف يشاء **فصل** فيما يحل اكله وما لا يحل **قوله** الناب من الانسان ما يلي
الرباعيات والمخلب الظفر كالظفر للانسان **قوله** لا كل ما له مخلب او ناب فالحمامة لها مخلب
والبعير له ناب والبقر كذلك قالوا المراد بالناب والمخلب ما هو سلاح منهما بان يصيد بها
فذو الناب من السباع الاسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والضبع والكلب والسنور
البري والاهلي وذو المخلب من الطير الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين
قوله والمستخبث الحشرات الايذاء وهو طورا يكون بالناب وتارة يكون بالمخلب او
الخبث وهو قد يكون خلقة كما في الحشرات والهوام وقد يكون بعارض كما في الجلالة

قوله والسبع

قوله والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة وانما علق هذه الاوصاف ليبني عليها قوله
كيلا تعدى ومن هذه الاوصاف الذميمة اليهم ثم الفرق بين الاختطاف والانتهاب جواز الاختطاف
من فعل الطيور والانتهاب من فعل السباع غير الطيور وفي المبسوط المراد بذي المخلب
ما يخطف بمخلبه من الهواء كالبازي والعقاب ومن ذي الناب ما ينهب من الارض كالاسد
والذئب فلما كان اسم السبع شاملا على القبيلين فسر السبع بهذين الوصفين **قوله** كيلا
تعدى شيء من هذه الاوصاف الذميمة اليهم بالاكل لما ان الغذاء من الاثر في ذلك قال
النبي صلى الله عليه وسلم لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن تعدي والسبعية حرام لقوله تعالى
ويحرم عليهم الخبائث **قوله** ويدخل فيه الضبع والثعلب لانهما ياتيان بالناب فلا
يوكل لحمهما كالذئب فيكون الحديث حجة على الشافعي رح في اباحتهما وما تمسك به الشافعي
رح من حديث جابر رض انه سئل عن الضبع اصيد هو فقال نعم فقال ايوكل لحمه فقال نعم
فقال اشيء سمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم ولئن صح انه كان في ابتداء
الاسلام ثم انتسخ بنزول قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وهذا لان حرمته ثابتة شرعا
فيودي من الحل حملا على انه كان قبل ثبوت الحرمة كذا في المبسوط **قوله** وكرهوا اكل
الرخم والبغاث لانهما ياكلان الجيف الرخم جمع رخمة وهو طائر ابلق يشبه في الخلقة يقال
له الانوق والبغاث ما لا يصيد من صغار الطير وضعافه كالعصافير ونحوها الواحدة
بغاثة وفيها لغات الحركات الثلاث **قوله** ولا باس بغراب الزرع وفي الذخيرة واما الغراب
الابقع والاسود فهو انواع ثلاثة نوع يلتقط الحب ولا ياكل الجيف وانه لا يكره ونوع
منه لا ياكل الا الجيف وانه مكروه ونوع منه يخلط الحب بالجيف ياكل الحب مرة والجيف
اخرى وانه غير مكروه عند ابي حنيفة رح وعند ابي يوسف رح يكره العقعق وغراب الغيط
يكون مثلها وفي الخفاش الفاختة يوكل وكذا كذلك بعض الالال واما الخفاش فقد
ذكر في بعض المواضع انه يوكل وفي بعضها انه لا يوكل **قوله** اما الضب فلان النبي صلى
الله عليه وسلم نهى عائشة رض حين سألته عن اكله وروي عن عائشة رض انها انه
اهدي اليها ضب فدخل النبي فسألته عن اكله فنهاها عنه فجاء سائل واردت ان تطعمه
اياه فقال عليه السلام اتطعمين ما لا تاكلين وبهذا ناخذ فنقول لا يحل اكل الضب وهو
حجة على الشافعي رح في اباحته وما تمسك به الشافعي رح من حديث ابن عمر رض ان
النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن الضب فقال لم يكن من طعام قومي فاجد نفسي تعافه
فلا احله ولا احرمه وفي حديث ابن عباس رض قال اكل الضب على مائدة رسول الله
صلى الله عليه وسلم وفي الاكلين ابو بكر رض ورسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينظر اليه
ويضحك قلنا كان قبل ثبوت الحرمة ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عائشة رض عن التصدق

بالضب وليلان امتناع رسول الله صلى الله عليه وسلم من اكله كان لحرمته لا لانه كان يعافه
اذ لو لم يكن كذلك لامرها بالتصدق كما امر به في شاة الانصاري بقوله اطعموها الاسارى
ثم الاصل انه متى تعارض الدليلان احدهما يوجب الحظر والاخر يوجب الاباحة يغلب الموجب
للحظر **قوله** ولا يجوز اكل الحمر الاهلية وكان بشر المريسي يبيح ذلك وهو قول مالك ره وحجتهما
ما روي عن عايشة رض سئلت عن ذلك فتلت قوله تعالى قل لا اجد فيما اوحي الي محرما الاية وفي
حديث الحر بن غالب رض انه سال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لم يبق لي من مالي الا
حمرات فقال كل من سمين مالك واعتبراه بالحمار الوحشي فكل حيوان وحشيه ماكول
فاهليه ماكول اللحم كالابل والبقر وعكسه الكلب والسنور ولنا نهي النبي عليه السلام عن اكل
الحمر الاهلية وامر باكفاء القدور يوم خيبر والقدور تغلي بلحوم الحمر الاهلية ولم يكن ذلك
لعلة الظهر لانه امر باكفاء القدور ومعلوم ان ما صار لحما ليس فيه منفعة الظهر وما حرمها لانه
بهيمة لم تخمس فلو كان ماكولا فلا يكون مانعا من التناول منه قبل التخميس كالطعام والعلف والمحرم
والمبيح اذا اجتمعا فالمحرم اولى وما استدلت به عايشة رض من الاية لا حجة لها فيه لانها ليست
بعام وحظه الخصوص بالاتفاق وقد ثبت النهي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في لحم الحمار
فذلك دليل الخصوص في هذا العام ومعنى قوله عليه السلام كل من سمين مالك اي بعه و
استنفق بثمنه فانه يقال فلان اكل عقاره واعتبار الاهلي بالوحشي ساقط فانه لا مشابهة بينهما
بعضه المشابهة لا يكون دليل الجامع مع ان المغايرة بينهما قد صحت بالاثار فانه روي في
الاثار ان النبي صلى الله عليه وسلم اباح تناول الحمار الوحشي فانه روي ان اعرابيا اهدى
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حمارا وحشيا عقيرا او رجل حمار وحشي فامر ابا بكر
رض ان يقسم بين الرفاق وقد ذكرنا نهيه عن تناول الحمار الاهلي علم بهذا انه لا اعتبار
للمشابهة الصورية شرعا **قوله** والاكل من اعلا منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى
النعم الاية سيقت لبيان المنة وقد من علينا بالركوب ولم يبين الاكل ولو كان ماكولا
لكان الاولى بيان منفعة الاكل لانه اعظم وجوه المنافع لان فيه بقاء النفوس ولا يليق
بحكمة الحكيم العدول عن بيان اعظم المنافع الى بيان الادنى عند اظهار المنة وهذا الاستدلال
منقول عن ابن عباس رض **فان قيل** انما يذكر المنة لانه يفهم الاعلى بذكر الادنى بالطريق
الاولى **قلنا** ذلك انما يصح اذا كان التناول بطريق الكفاية وما نحن بصدده من قبيل
بيان النهاية الا ترى الى قوله تعالى فيما سبق والانعام خلقها لكم فيها دفء ومنافع ومنها
تاكلون ثم عطف الخيل والبغال والحمير فلو كان المراد بما ذكرتم لاكتفى بقوله والخيل
والبغال من غير ذكر شيء آخر من المنافع فلما قال لتركبوها ثبت ان الحكم في المعطوف غير
الحكم في المعطوف عليه ولان البغل حرام وانه لا دليل ... ولو حلت لحم الخيل ولادها كولد

شاة

شاة من ذئب ولنا لان البرية من المحارم وقيل الكراهة عنده كراهة تحريم وحكي عن عبد الرحيم
الكرميني انه قال كنت مترددا في هذه المسئلة فرايت ابا حنيفة ره في المنام يقول كراهة تحريم يا عبد الرحيم
واليه مال صاحب المختصر والهداية وروى الحسن عن ابي حنيفة ره الكراهة في سوره كما في لبنه وقيل لا
باس بلبنه لانه ليس فيه تقليل آلة الجهاد **قوله** لانه يؤثر في اباحة اللحم اصلا اي بطريق الاصالة **قوله**
وفعل المجوسي اماتة في الشرع لانه ليس على الوجه المشروع واختلفوا في ان الموجب للطهارة ما لا يؤكل
لحمه مجرد الذبح او الذبح مع التسمية قال بعضهم مجرد الذبح وقال بعضهم لا بل الذبح مع التسمية لان
المطهر هو الذكاة وهي عبارة عن الذبح مع التسمية **قوله** من غير فصل اي بين صيد وسمك
قوله والحلال منه من غير فصل بين ميتة وحية **قوله** وما سوى السمك خبيث اي تستخبثه الطبع **قوله**
فما روي وهو الحل منه محمول على السمك اي محمول على السمك مستثنى عن ذلك عن سائر الميتات لقوله
صلى الله عليه وسلم احلت لنا ميتتان **فان قيل** هذا الخبر مخالف لقوله حرمت عليكم الميتة و
الدم **قلنا** هذا الخبر مشهور ومؤيد بالاجماع فيجوز تخصيص الكتاب على ان حل السمك ثبت
بمطلق قوله تعالى وتاكلون لحما طريا وقوله احل لكم صيد البحر قيل هو السمك الطري وطعامه المقدد
منه وكذا الميتة والدم المحلى بالالف واللام معهود على ما ذكر في اية اخرى او دما مسفوحا فينصرف
الى المعهود ولا يثبت التعارض بين الكتاب والسنة **قوله** لاطلاق ما روينا وهو الحل ميتته **قوله**
وعن جماعة من الصحابة وهم علي وابن عباس وابن عمر وابو هريرة رض مثل مذهبنا والاثر في
ما لا يعرف قياسا فتثبت انهم قالوا سماعا **قوله** ولا باس باكل الجريث والمارماهي وهما نوعان من
السمك **قوله** والحجة عليه ما روينا وهو قوله احلت لنا ميتتان ولا يقال يخص منه السمك اذا
مات من غير آفة فكذا الجراد بالقياس لانا خصصناه بالنص الوارد في الطافي لانه في معنى
الطافي من كل وجه لانه قال في اول الحديث ما نضب عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما
طفا فلا تاكلوا والمراد من الطافي ما يموت حتف انفه من غير سبب حادث بخلاف الجراد فانه
نوع آخر فكان الحل بصريح نص فيه وهو اولى من الحل بقياس وبانه لا نص ورد في نوع آخر
ولان موته لا بد من ان يكون بسبب فانه يعيش في الاصل بهما كما قيل ان السمك اذا نضب
عنه الماء ويصير الجراد اذا مات في البر فقد مات في غير موضع اصله فاذا مات في الماء فقد
مات في غير موضع معاشه وذلك سبب لموته وروي ان مريم رض سالت لحما ليس له دم فرزقت
الجراد وعمر رض كان مولعا باكل الجراد **قوله** وينبغي عليها فروع كثيرة تبيانها في كفاية
المنتهى وهو انه لو وجد في بطن السمكة اخرى فانها توكل لان ضيق المكان سبب لموتها وكذلك
ان جمعها في حظيرة لا يستطيع الخروج منها وهو يقدر على اخذها بغير صيد فماتت فيها
لان ضيق المكان سبب لموتها وان كان لا يوخذ بغير صيد فلا خير في اكلها لانه لم يظهر لموتها
سبب وكذا اذا ماتت السمكة في الشبكة وهي لا تقدر على التخلص منها او اكلت شيئا القاه في الماء

جامعة الرياض ... قسم المخطوطات
Copyright © King Saud University

لياكل فمات منه وذلك معلوم فلا باس باكلها فهو في معنى ما انحسر عنه الماء وقال عليه السلم
ما انحسر عنه الماء فكل وكذلك لو انجمد الماء فبقيت بين الجمد وماتت واما اذا ماتت بحر
الماء او برده ففيه روايتان ففي احدى الروايتين يؤكل لوجود السبب لموتها وفي الرواية الاخرى
لا يؤكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان او باردا وروي عن محمد رح انه اذا انحسر الماء عن
بعض ما كان راسه في الماء فمات فيه وذلك انه لا يؤكل وان كان الماء انحسر عن راسه وبقي
ذنبه في الماء فهذا سبب لموته فيؤكل كذا في المبسوط وفي الذخيرة اذا وجد في بطن السمك
الطافية سمكة انها تؤكل وان كانت الطافية لا تؤكل وعن محمد رح في سمكة توجد في بطن الكلب
انه لا باس بها اذا لم تتغير ولا باس باكل سمكة يصيدها المجوسي لانها تحل من غير تسمية
فان المسلم اذا اخذ السمكة وترك التسمية عمدا تحل فما يحل بدون التسمية فالمجوسي و
غير المجوسي سواء والله اعلم **كتاب الاضحية** هي ما يضحى بها اي يذبح وجمعها
الاضاحي ويقال ضحايا كهدية وهدايا واضحاة واضحى وبه سمي يوم الاضحى اعلم ان
القرب المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق
وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانه تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم التصدق باللحم وهو
تمليك فلا ياخذ من شعره واظفاره اي لا ياخذ المضحي من شعر نفسه واظفاره لانهما تختلفا
في الوظائف المالية فيتابا المالية لانهما تختلفان في الوظائف البدنية فالمسافر يلحق في الاداء
بالبدنية **قوله** فصار كالعتيرة وفي المغرب العتيرة ذبيحة كانت تذبح في رجب يتقرب بها اهل
الجاهلية والمسلمون في صدر الاسلام يعني ان العتيرة لما لم تجب على المسافر لا تجب على
المقيم فكذا الاضحية لما لم تكن واجبة على المسافر لا تكون واجبة على المقيم والجامع
كون كل واحد منهما قربة يتقرب بها الى الله تعالى ثم رصار قوله كالزكوة لبيان الطرد وقوله
كالعتيرة لبيان العكس والعكس مرجح ومؤكد للعلة **قوله** ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك
غير الواجب **فان قيل** اليس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال من ترك اربعا قبل الظهر
لم ينل شفاعتي وقال عليه السلم من ترك سنتي لم ينل شفاعتي **قلنا** ذلك محمول على
الترك اعتقادا او الترك اصلا فان ترك السنة اصلا حرام ولهذا يجب المقاتلة مع جماعة
تركوا الاذان وان كان الاذان سنة لان احياء السنة واجب **قوله** لان الاضافة للاختصاص
اي لاختصاص المضاف بالمضاف اليه والاختصاص انما يثبت اذا وجد المضاف اليه
لا محالة وانما يوجد المضاف اليه لا محالة اذا كان واجبا بالنظر الى الجنس المكلفين
لجواز ان يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعون على ترك الواجب ولا يمنع
الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه والصوم يجوز في سائر الشهور والمسمى بشهر
الصوم رمضان **قوله** والمراد بالارادة جواب عما تمسك به الشافعي رح اي المراد بها

العقد

نقد القصد الذي هو ضد السهو لا التخيير لانه غير معتبر اجماعا وهذا لانها في الوجوب من
التضحية التي هي واجبة كقوله من قال من اراد منكم الجمعة فليغتسل وهو شاء نعلم في
وجب على ما قيل فيه اشارة الى الخلاف في العتيرة وفي الايضاح العتيرة هي ما كان الرجل اذا
ولدت له الناقة او الشاة ذبح اول ولد واكل واطعم وقيل يقال للعرب فيقول اذا بلغ شاة
كذا وكذا فعليه ان يذبح من عشرة منها في رجب كذا قال الحلواني كان في الجاهلية ذبائح
يذبحونها منها العقيقة ومنها الرجبية وهي شاة يذبح في رجب فياكلون ويطعمون
ومنها العتيرة كان الرجل اذا ولدت له الناقة ذبح اول ولد اكل واطعم وكلها منسوخ
بالاضحية **قوله** وبالاقامة لما بينا وهو قوله غير ان الاداء يختص باسباب يشق على المسافر
استحضارها واليسار لما بينا وهو من وجه صفته ولم يضح **قوله** وسنبين مقداره اي
مقدار الوقت **قوله** وعن ولده الصغير لانه في معنى نفسه لانه يلي نفسه وماله **قوله**
فيلحق به كما في صدقة الفطر وهذا لان كل واحد منهما قربة مالية تعلقت بيوم العيد وكانا
نظيرين من هذا الوجه فيروى عنه اي عن ابي حنيفة رح انه لا يجب عن ولده وهو ظاهر
الرواية والفتوى على ظاهر الرواية كذا في فتاوى قاضيخان وجه ظاهر الرواية انها لا
تشبه صدقة الفطر من وجه آخر فان الصدقة تتادى بالتمليك وهذا بالاراقة يتعلق
بالاستحباب في من الوجوب ولان صدقة اجريت مجرى المؤنة والاراقة قربة محضة
بدليل انها لا يتقرب بها الى العباد فلا يجب بسبب الغير بخلاف التصدق بالمال كما يتقرب به
الى الله تعالى يتقرب به الى العباد فلا يكون قربة محضة فجاز ان يجب على الغير بسبب الغير
انا قام الدليل في صدقة الفطر قال عليه السلم ادوا عمن تمونون **قوله** ما ينتفع بعينه اي
ببقاء عينه كالثوب ومتاع البيت **قوله** وكذا اذا كان نصيب احدهم اقل من السبع حتى
ان الرجل اذا مات وترك امراة وابنا وبقرة فضحيا بها يوم العيد لم يجز لان نصيب المراة
اقل من السبع فلم يجز نصيبها ولم يجز نصيب الابن **قوله** ولا يجوز عن الكل لانعدام وصف
القربة في البعض وبيانه ان شاء الله تعالى بعد مراده واذا احدهم بنصيبه اللحم لم يجز عن
الباقين الى اخره **قوله** يوجب ما يجري على كل مسلم في كل عام اضحاة وعتيرة وهذا
محكم وقوله عليه السلم على كل اهل بيت محتمل فحملناه على المحكم ولو كانت البدنة بين اثنين
نصفين يجوز في الاصح هذا احتراز عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا لا يجزيهما لان
لكل واحد منهما ثلاثة اسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز في الاضحية فاذا لم يجز
البعض لم يجز الباقي وقال بعضهم يجوز وبه اخذ الفقيه ابو الليث والصدر الشهيد
رح لانه لما جاز ثلاثة الاسباع صار نصف السبع تبعا وحيث ذلك لانه نصف السبع لو
لم يكن اضحية فهي قربة تبعا للاضحية كما اذا ضحى شاة فخرج من بطنها جنين حي فانه يجب

Copyright @ King Saud University

عليه ان يضحيها وان لم يكن تضحيته ابتداء قوله الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد يعني
اذا كان مع احدهما بعض الاكارع ومع الاخر الجلد او بعض الاكارع او مع كل واحد منهما شئ
من خلاف الجنس فيجوز والاشتراك هو صنعته اي البيع بطريق السلم قوله لان بالشراء
للتضحية لا يمنع البيع وفي المبسوط واذا اشترى اضحيته ثم باعها فاشترى مثلها فلا باس
بذلك لانه يتعين الشراء لا يتعين الاضحية قبل ان يذبحها قوله انه يكره الاشتراك بعد
الشراء لما بينا اراد به قوله لانه اعدها للقربة فيمنع عن بيعها الى اخره قوله وما رويناه حجة على
مالك والشافعي رح في نفي الجواز بعد الصلوة قبل نحر الامام اراد به قوله عليه السلام من ذبح
بعد الصلوة فقد تم نسكه وهو بعمومه يتناول ما قبل نحر الامام عليه السلام وما بعده قوله فيتحرى
الضرورة في الاراقة فكان المحل اي المال لا مكان الفاعل اعتبارا بالزكوة بخلاف صدقة
الفطر لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر فكان محلها الذمة فاعتبرنا
فيها مكان المودي لا مكان الولد والرقيق على ما عليه الفتوى قوله لو اكتفوا بها اخر لهم
يعني لا يجب عليهم الزكوة الذهاب الى الجبانة ولم يكن مخرج لوجب عليهم الذهاب اليها
وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانها عبارة دارت بين الجواز وعدمه فينبغي ان لا
يجوز احتياطا وهذا لانه من حيث كونها بعد الصلوة يجوز ومن حيث كونها قبل الصلوة
التي يعدي في الجبانة لا يجوز قوله وكذا على هذا عكسه اي على القياس والاستحسان
اذا صلى اهل الجبانة فما اهل الجبانة اصل وقد صلوا قوله كما قالوا اي عمر وعلي وابن
عباس رض قوله وهو لا اصل اي لا اصل للمسارعة الى اعادة القربة الا بعارض كما في الاستعداد
بالفجر والابراد بالظهر ونحوه وهو قوله عليه السلام اسفروا وابردوا قوله لاحتمال الغلط
في ظلمة الليل اي في المذبح او في الشاة في انها [illegible] او يذبح غير شاة فان فيها بعض
الشرائط قوله نزلت منزلة الطواف فان الطواف بالبيت افضل في حق الافاقي من
الصلوة قوله اذا كان اوجب على نفسه اي شاة بعينها بان يكون في ملكه شاة فيقول
اضحي هذه او يقول على ان اضحي هذه او يكون فقيرا اشترى شاة بنية الاضحية عليه
ان يتصدق بها حية ولو ذبح لا يجوز له التناول من لحمها بل يتصدق بلحمها وفضل ما
بين قيمتها مذبوحة وغير مذبوحة كذا في الاوضح قوله ويجب على الفقير بالشراء بنية الاضحية
وذكر الزعفراني عن اصحابنا انه لا يجب وهو قول الشافعي رح لان القربة انما تلزم بالشروع
او بالنذر ولم يوجد واحد وانا نقول الشراء من الفقير معروفا بنية الاضحية بمنزلة
النذر ودفع النبي عليه السلام الى حكيم بن حزام والى عروة دينارا ليشتري لها اضحية
فاشترى شاتين وباعهما بدينارين ثم اشترى بدينار شاة فجاء بالشاة والدينار
فامر النبي صلى الله عليه وسلم ان يضحي بالشاة ويتصدق بالدينار وفيه دليل على جواز بيع

الاضحية

الاضحية لزمته بمجرد الشراء معروفا بالشراء اذا تصدق بالدينار قوله كالجمعة تقضي بعد
فواتها ظهرا والجامع بينهما ان تضاد ما وجب عليه في الاداء بجنس غير جنس الاداء قوله
البالي عرجها اي هي ان لا يمكنها التي تجيلها الى العرجاء وانما ينبغي بثلاث قوائم حتى لو
كانت تضع الرابعة على الارض وصفا خفيفا يجوز ذكره خواهرزاده قوله التي لا تنقي
اي ليس لها نقي وهو المخ من شرح المجمع قوله بقاء مذهابا اي بقاء الاكثر كبقاء الكل
وذهاب الاكثر كذهاب الكل والاصل ان العيب الفاحش مانع واليسير غير مانع لان الحيوان
قلما يخلو عنه فلا يمكن الاحتراز عنه لانه عليه السلام شرط ان يكون بينا واليسير لا يكون
بينا واختلف الروايات عن ابي حنيفة رح في مقدار الاكثر روي عنه اربع روايات فيه والكل
مذكور في الهداية قوله قيل هو رجوع منه الى قول ابي يوسف رح وكان يقول اولا الثلث
قليل والكثير ما زاد على الثلث ثم رجع وقال الكثير النصف فما زاد على النصف كما هو
قولهما وقيل معناه قولي قريب من قولك لان ابا يوسف رح اعتبر الاكثر من النصف
ابو حنيفة رح اعتبر الاكثر من الثلث والثلث اقرب من النصف من غيره قوله الجماز
موجوئين كبش املح فيه ملحة وهي بياض يشقه شعرات سود وهي من لون الملح والوجاء
على فعال نوع من الخصاء وهو ان تضرب العروق بحديدة ويطحن فيهما من غير اخراج
البيضتين يقال الكبش موجوء اذا فعل به ذلك قوله اذا كان هذا يعني انه لا يكون
هذا وان وقع نادرا لا يجوز به قوله كما في نصاب الزكوة يعني اذا انتقص النصاب
بعد الحول ينتقص الواجب بقدره والجامع بينهما ان محل الوجوب فيهما جميعا المال
على الذمة حتى يسقط الوجوب بهلاك ذلك المال المعين منهما جميعا فكذا في النقصان
ينتقص الوجوب بقدره من غير ضمان قوله خلافا لابي يوسف رح هو يقول انه ما حدث
من فوره يكون ذلك الفعل سببا من اسباب هذا الذبح باعتبار العود فيلحق به اما
اذا انقطع العود الذي حصل به العيب لا يكون سببا من اسباب هذا الذبح باعتبار
العود فيلحق الذي وجد بعد العود رفضا وينزل منزلة ما لو حصل بفعل آخر قوله والجذع
من الضان ما تمت له ستة اشهر في مذهب الفقهاء قيد بمذهب الفقهاء احترازا
عن قول اهل اللغة وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا انه من الابل في السنة
الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة والجمع
جذعان وجذاع وعن الازهري الجذع المعز لسنة ومن الضان لثمانية اشهر قوله
تال الولد اي الكبار منهم قوله ولو ذبحوها عن صغير من الورثة او ام ولد جاز اي
على الاستحسان قوله اذا كان احد الشركاء ام الولد يضحي عنها مولاها او صغيرا يضحي عنه
ابوه قوله جاز لما بينا انه قربة يجوز عن الغير ولا خلاف انه ليس على المولى ان يضحي

Copyright © King Saud University

عن احد من ماليكه فاذا تبرع به الشاحاذ واذا جعله شريكان في يده ففيه قياس واستحسان
قوله ويأكل من لحم الاضحية وفي الذخيرة اذا ذبح شاة لا يستعرض منها النادر ولو اكل فعليه
قيمة ما اكل القانع السائل من القنوع لا من القناعة والمعتر الذي يتعرض للسؤال ولا يسأل
قوله وذلك مثل ما ذكرنا معنى كالنطع والجراب والغربال والقدر والقصعة لانه لو تصدق
انتفع به في بيته يجوز فكذا اذا اشترى به ما ينتفع به في بيته لانه تبدل حكم المبدل قوله كالخل
الابازير جمع ابزار وهو خلط القدر كالدار صيني والحمص وغيرها قوله واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح
وفي الاجناس لو اراد بيع لحم الاضحية ليتصدق بثمنها ليس له ذلك وليس له في اللحم الا ان يطعم او يأكل
فصار حاصل الجواب في الجلد انه لو باعه بشيء ينتفع به بعينه او باعه بشيء لا ينتفع به الا بعد ما
استهلكه لا يجوز وفي اللحم لا يجوز اصلا سواء باعه بشيء ينتفع به بعينه او باعه بشيء لا ينتفع به
الا بعد استهلاكه وذكر شيخ الاسلام ان الجواب في اللحم كالجواب في الجلد ان باعه بشيء ينتفع
به بعينه يجوز وقال هذا القول هو رواية ابن سماعة عن محمد رح انه لو اشترى باللحم ثوبا فلا بأس
بلبسه وهذا هو اختيار صاحب الهداية قوله لان القربة انتقلت الى بدله لان معنى التمول
سقط عن الاضحية فاذا كان تمولها بالبيع وجب التصدق كذا في الايضاح فان قيل ينبغي
ان لا يجوز بيعه لقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته فلا اضحية له قلنا هذا يفيد كراهة
البيع اما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم قوله لانه في معنى البيع لان
كل واحد منهما معاوضة لانه انما يعطي الجزار بمقابلة جزره والبيع مكروه فكذا ما هو في
معناه قوله ويكره ان يحلب لبنها فينتفع بها كما في الصوف اي كما يكره الانتفاع بصوفها
وهذا لان اللبن متولد من عينها وقد جعلها للقربة فلا يصرف شيئا منها الى منفعة نفسه
قبل ان يبلغ محلها ولكنه ينضح ضرعها بالماء البارد حتى يتقلص اللبن ولا يتأذى به الا
ان هذا انما ينتفع اذا كان بقرب من ايام النحر فاما اذا كان بالبعد فلا يفيد هذا
لانه ينزل ثانيا وثالثا بعد ما تقلص لكن ينبغي ان يحلبها ويتصدق كالهدي اذا عطب قبل
ان يبلغ محله فان عليه ان ينحره ويتصدق بلحمه كذا في المبسوط وذكر في الايضاح ومن اصحابنا
من قال بان كراهة حلب لبن الاضحية وجز صوفها في الشاة او في الناقة التي اوجبها وليست
بواجبة كالمعسر اذا اشترى اضحية فاما الموسر اذا عين اضحية فلا بأس بالحلب والجز لان
الوجوب متعلق بذمته وانما هو واجب في ذمته ويسقط عنه بالذبح فقبل الذبح صارت
هذه وغيرها سواء قوله حتى يجب عليه ان يضحي بها بعينها في ايام النحر هذا في نذر الغني و
شراء الفقير قوله ويكره ان يبدل بها غيرها اذا كان غنيا انما قال ذلك لان الذي صنعها كما في
مسألة السقاية فذبح شاة شد القصاب رجلها للذبح لان الشاة تعينت للذبح لشد
الرجل فيكون راضيا بالذبح دلالة مع انه ربما يعرض له مانع من الذبح كذا هنا كتاب الكراهية

هو ضد

١/٢٣٨

بلغ

هو ضد الرضا والارادة وفي الشرع ما هو المذكور في الكتاب عن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله انه
الحرام اقرب وذكر محمد رح في المبسوط ان ابا يوسف رح قال لابي حنيفة رح اذا قلت في شيء
اكرهه فما رأيك فيه قال التحريم قوله يكره لحوم الاتن والبانها خص الاتن مع شمول كراهة
لحم سائر الحمر ليستقيم عطف الالبان عليه قوله يجرجر في بطنه نار جهنم في المغرب هذا
محفوظ من الثقات بنصب النار ومعناه تردد ها من جرجر الفحل اذا ردد صوته في
حنجرته وتفسير الازهري يجرجر اي يحدر يعني يرسل وكذا نقله صاحب الغريبين واما في
الفردوس من رفع النار فتفسير يجرجر يصوت فليس بذاك قوله وكذا في الادهان ونحوه
لانه في معناه قيل صورة الادهان المحرم ان يأخذ انية الذهب او الفضة ويصب
الدهن على الرأس اما اذا ادخل يده فيها واخذ الدهن ثم صبه على الرأس لا يكره كذا ذكره
صاحب الذخيرة في شرح الجامع الصغير قوله وفي السرير المضبب موضع الجلوس اي
يتقي موضع الجلوس يقال باب مضبب اي مشدود بالضباب جمع ضبة وهي الحديدة
العريضة التي يضبب بها وضبب الذهب او الفضة اذا شدها بها كذا في المغرب
وفي الذخيرة المضبب بالذهب العريض والفضة العريضة وهي الحديدة العريضة
التي تجعل على وجه الباب وما اشبه ذلك والمراد بحلقة المرآة التي تكون حوالي المرآة
لا ما يأخذ المرأة بيدها فان ذلك مكروه بالاتفاق قوله ولابي حنيفة رح ان ذلك تابع
ولا معتبر بالتوابع وحكي ان هذه المسألة وقعت في دار ابي جعفر الدوانقي بحضرة ابي حنيفة
رح وائمة عصره فقالت الائمة يكره فقيل لابي حنيفة رح ما تقول فقال ان وضع فمه على
الفضة يكره والا فلا فقيل له ومن اين لك هذا فقال ارأيت لو كان في الاصبع خاتم فضة فشرب
من كفه ايكره فوقف كلهم وتعجب ابو جعفر رح فقال الثوب مكفوف لما كان في جيبه والطراز
كميه شيء من الديباج وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم لبس جبة اطرافها الديباج قوله
ومن ارسل اجيرا له مجوسيا او خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي او نصراني
او مسلم وسعه اكله ولا يقال كان ينبغي ان لا يقبل قوله لانه اخبار قوله لما قلنا اشارة
الى قوله لان الهدايا تبعث عادة على ايدي هؤلاء قوله ولا يقبل قول المستور في ظاهر
الرواية وهو الذي لم تعلم عدالته ولا فسقه قوله جريا على مذهبه انه يجوز القضاء
به اي يقضي الحاكم على ظاهر العدالة في الشاهد عند ابي حنيفة رح اذا لم يطعن الخصم
والصحيح ان المستور كالفاسق لا يكون خبره حجة حتى يظهر عدالته قوله ومع العدالة
يسقط احتمال الكذب يعني اذا اخبر عدل بنجاسة الماء تيمم من غير اراقة الماء لسقوط
احتمال الكذب مع العدالة واما التحري فمجرد ظن فيحتاط بالاراقة ان وقع في قلبه صدقه
في اخباره بنجاسة الماء ولو كان اكبر رأيه انه كاذب يتوضأ ولا يتيمم لترجح جانب الكذب

Copyright © King Saud University

بالتحري وهذا جواب الحكم فاما في الاحتياط فتيمم بعد الوضوء **قوله** كما قلنا اشارة الى قوله
لان التحري مجرد ظن فكان فيه احتمال الخطاء وان لم يترجح احد الجانبين فالاصل هو
الطهارة **قوله** ومنها الحل والحرمة اي ومن الديانات الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال
الملك اي يقبل خبر الواحد العدل في الحل والحرمة اذا لم يكن ما اخبر بالحرمة متضمنا زوال
الملك واما اذا تضمنه فلا يقبل في الحرمة وفي فتاوى قاضيخان رجل تزوج امراة فاخبر
مسلم ثقة رجل او امراة انهما ارتضعا من امراة واحدة قال في الكتاب احب اليه ان يتنزه
ويطلقها ويعطيها نصف المهر ان لم يدخل بها ولا يثبت الحرمة بخبر الواحد عندنا ما لم
يشهد به رجلان او رجل وامراتان وعلى قول الشافعي ره يثبت حرمة الرضاع بشهادة
الاربع من النساء وانما تنزه احتياطا لمكان حرمة الوطى فيطلقها كيلا يبقى معلقة
فان لم يكن طلقها ولم يتنزه وسعه ذلك لان ملك النكاح لا يبطل بهذه الشهادة ولو
ان مسلما اشترى لحما وقبضه فاخبره مسلم ثقة انه ذبيحة المجوسي فانه لا يسع للمشتري
ان ياكل ولا ان يطعم غيره لان المخبر اخبر بحرمة العين وبطلان الملك وحرمة العين
حق الله تعالى فيثبت بخبر الواحد واما بطلان الملك لا يثبت بخبر الواحد ولكن من ضرورة
ثبوت الحرمة بطلان الملك فيثبت الحرمة مع بقاء الملك بخلاف ما تقدم لان بقاء
النكاح لا يتصور مع ثبوت الحرمة المؤبدة فاذا لم يبطل النكاح بخبر الواحد لا يثبت
الحرمة واذا ثبت الحرمة مع بقاء ملك اليمين ههنا لا يمكنه الرد على بايعه ولا ان يحبس
الثمن عن البايع اذا لم يبطل البيع ولو ان رجلا اشترى جارية او طعاما او وجد ميراثا
او بسبب اخر فلما قبضه اخبره ثقة ان هذا لفلان بن فلان غصبه منه البايع والواهب
او المورث فينبغي له ان يتنزه عن ذلك وان لم يتنزه فهو في سعة بخلاف ما اذا
اخبره انه ذبيحة مجوسي يكره اكله ولا يسعه لان المشهود به ثمة حق الله لا حق
العبد حتى لا يبطل الحرمة باباحة العبد فيثبت بقول الواحد لانه حجة في الديانات
واما الحرمة هنا لحق العباد وشهادة الواحد غير مقبول فيها كما في النكاح كذا في
المبسوط **قوله** وفيها تفاصيل وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهي ذكر صاحب المحيط
ان رجلا دخل على قوم من المسلمين كانوا ياكلون ويشربون الشراب فدعوه اليهم
فقال مسلم اي غير الاكلين ثقة قد عرفه هذا اللحم ذبيحة مجوسي وهذا الشراب قد
خالطه خمر فقال الذين دعوه الى المائدة لا بل كذا قال بل هو حلال فانه ينظر في حالهم
ان كانوا عدولا لا يلتفت الى قول المخبر لان خبر الواحد ليس بحجة في الاحكام ولان
الظاهر من حال المسلمين التحرز عن ذبيحة المجوسي وعما خالطه الخمر فيكون خبر
الواحد في معارضة خبرهم خبرا مستنكرا فلا يعتمد وان كانوا متهمين فانه ياخذ بقول

ذلك

ذلك الواحد ولا يسعه ان يتناول شيئا من ذلك لان خبر الواحد باعتبار حاله مستقيم صالح
ولا معتبر بخبرهم في حكم العمل لفسقهم ولو كان في القوم رجلان ثقتان ياخذ بقولهما
لان الحجة في الاحكام تتم بخبر المثنى فلا يعارض خبرهما خبر الواحد ولو كان فيهم واحد
ثقة يعمل فيها باكبر رايه فان لم يكن فيه راي واستوى الحالان عنده فلا باس ان ياكل ويشرب
ويتوضا والمصير الى غالب الراي للمعارضة بين الخبرين وعند المعارضة لا بد من مرجح
لاحد الجانبين وغالب الراي يصلح ان يكون دليلا للعمل في بعض المواضع فلان يصلح مرجحا
اولى وان لم يكن له راي يتمسك باصل الطهارة **قوله** فان اخبر باحد الامرين عبد
ثقة وبالاخر حر ثقة عمل به باكبر الراي لان الحجة لا تتم من طريق الحكم بخبر واحد ومن
حيث الدين خبر الحر والمملوك سواء فيتحقق المعارضة بين الخبرين فيصار الى الترجيح
باكبر الراي وان اخبره باحد الامرين مملوكان ثقتان وبالامر الاخر حر ثقة ياخذ
بقول الحر لان الحجة تتم بقول الحر ولا تتم بقول المملوكين فيخف التعارض فيترجح قول
الحر وان اخبر باحد الامرين ثلاثة اعبد ثقات وبالامر الاخر مملوكان ثقتان
ياخذ بقول العبيد كذلك ان اخبر باحد الامرين رجل وامراتان وبالامر الاخر رجلان
ياخذ بقول رجل وامراتين فالحاصل في جنس هذه المسائل ان احد المملوك والحر في
الامر الذي على السواء يفيد الاستواء في العدالة فيطلب الترجيح اولا من حيث
العدد فاذا استويا في العدد بطلب الترجيح بغلبة الظن اذا كان المخبر باحد الامرين اربعة
من الاحرار والمخبر بالامر الاخر حرين يؤخذ بقول الاربع **قوله** لان اجابة الدعوة
سنة الى قوله كصلوة الجنازة واجبة الاقامة **فان قيل** كيف قاس السنة بالواجب
في الاقامة عند اقتران المعصية بها والواجب فوقه ليست السنة **قلنا** هذه سنة ورد
الوعيد على تركها على ما قال عليه السلام من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم فكانت
في قوة الواجب فيثبت الحكم فيها على حسب ما ثبت في الواجب **قوله** لانه لا يلزمه حق
الدعوة لان اجابة الدعوة انما تلزمه اذا كانت الدعوة على وجه السنة هذا اذا كان
لا يترك حضوره ولكنا نقول يكون احتسابا مال واحد او امر بمحضره لان حضوره يكون
من باب النهي عن المنكر **قوله** ودلت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام لان محمدا اطلق
اسم اللعب الغناء بقوله فوجد ثمة اللعب والغناء فاللعب هو اللهو وهو حرام بالنص قال
النبي صلى الله عليه وسلم لهو المؤمن باطل الا في ثلث تاديبه فرسه وفي رواية ملاعبته بفرسه
ورميه عن قوسه وملاعبته مع اهله وهذا الذي ذكره ليس من هذه الثلث فكان باطلا
ثم الكلام في الغناء فقال بعضهم دلت المسئلة على ان مجرد الغناء ولا استماع الى معصية
بقوله عليه السلام استماع الملاهي معصية والجلوس عليها فسق والتلذذ بها من الكفر انما

قال ذلك على التشديد وان سمع بغتة فلا اثم ويجب عليه ان يجتهد كل الجهد حتى لا تسمع وقد قال ابن
مسعود رض ان صوت اللهو والغناء ينبت النفاق في القلب كما ينبت النبات بالماء وقال بعض
مشايخنا ان استماع القران بالالحان معصية والتالي والسامع اثمان وفيهم من قال
اذا كان وحده يتغنى لدفع الوحشة عن نفسه فلا باس به ومنهم من اخذ بقول شمس الائمة قوله حتى
الغنى بضرب القضيب حيث الحارس والله اعلم **فصل** في اللبس قوله واما حل
للنساء لحديث اخر قال بعض الفقهاء حرام عليهن لعموم النهي قوله وما رواه عدة من الصحابة
نفر منهم على وابو موسى وعبد الله ابن عمر وعقبة بن عامر ان النبي صلى الله عليه وسلم
خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب فقال ان هذان حرامان على ذكور امتي حل لاناثهم
اي هذان جنسان محرمان بثبوت الحرمة فيها عينه بطريق العبارة وفي غيره من جنسه
بطريق الدلالة فان قيل المحرم والمبيح اذا اجتمعا يجعل المحرم متاخرا كيلا يلزم النسخ مرتين
فكيف جعل المبيح هنا متاخرا وهو قوله حل لاناثهم ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن لبس الحرير
مطلقا متقدما عليه قلنا قوله انما يلبسه يحتمل ان يكون بيانا لقوله حرامان على ذكور
امتي لان هذا وعيد للاناث بحكم يحتمل عليه تقليلا للنسخ ولان قوله هذان الحديث نص
لبيان التفرقة في حق الحل والحرمة للذكور والاناث وقوله انما يلبسه من لا خلاق له في
الاخرة لبيان الوعيد في حق من لبس الحرام فكان كالظاهر والنص راجح على الظاهر او
نقول للسائل على ان مقتضى الحل للاناث متاخر وهو استعمال الاناث من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير وهذا اية قاطعة على تاخره قوله مقدار
ثلاثة اصابع او اربع اي مضمومة لا منشورة وفي السير الكبير ان العلم حلال سواء كان
صغيرا او كبيرا ومن الناس من حرم ذلك لعموم النهي قوله وكذا الاختلاف في ستر الحرير اي
في تعليقه على الجدار قوله لهما العمومات وهي هذان حرامان الحديث وقوله صلى الله عليه
وسلم لان اتكي على جمر الغضا احب الي من ان اتكي على مرفقة حرير وعن علي رض انه اتي
بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم ولنا في الاخرة قوله والجامع كونه مزوجا اي يحصل
بهذا المقدار وعدلة في الاخرة فان قيل الجلوس على كرسي الفضة لا يحل ولا يحل الا قدر
وقد حل القليل منه وهو لبس الخاتم قلنا ما اطلقنا القليل ليكون مزوجا فاذا القلت
مقصودا يبقى حراما كالخمر وهذا لان الحرير لباس اهل الجنة قال الله تعالى ولباسهم فيها
حرير فوجب اطلاق القليل منه وهو العلم القليل من اللبس وهو اللذة ليكون مزوجا
الى ذلك الكثير الكامل فاما الفضة فلا يكون لباسا في الدار الاخرة وانما يكون فيها الكئوس
ونحوها فلو اطلقنا الصار منها مطلقا وعلى الشي لا يكون مزوجا قوله والخز مسدى
بالحرير … ان الخز اسم لثوب سداه حرير ولحمته صوف حيوان يكون في الماء قوله كما

هي المعتبرة دون السدى لما عرفت ان العبرة في الحكم للاخر وصف العلة وقيل انما الاعتبار للسدى
لانه يصير ثوبا باللحمة وهذا التعليل ينقل عن الشيخ ابي منصور الماتريدي رح وعلى هذا
يكره لبس العتابي لان السدى لا يستر فيه باللحمة كما في الايضاح وجامع المحبوبي وقال ابو يوسف
رح يكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا ارى بحشو القز باسا لان الثوب اذا كان بين
الثوبين فهو ملبوس ولبس الحرير لا يجوز للرجال واما الحشو فليس بملبوس فلا يكره قوله لما روينا
وهو قوله صلى الله عليه وسلم وهذان محرمان على ذكور امتي قوله الا الخاتم هذا اذا لم يرد به
التزين وذكر الامام المحبوبي رح وان تختم بالفضة قالوا ان قصد التجبر يكره وان قصد به التختم
ونحوه لا يكره قوله وقد جاء في اباحة ذلك اثار اي في اباحة التختم بخاتم الفضة اثار وهو ما روي
انه كان لرسول الله صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وكان فصه منه ونقشه محمد رسول الله
محمد سطر ورسول سطر والله سطر وعن معاذ رض انه كان له خاتم من فضة ونقشه محمد
رسول الله فقال له النبي صلى الله عليه وسلم ما نقش خاتمك يا معاذ فقال محمد رسول الله فقال
عليه السلام امن كل شيء من معاذ حتى خاتمه ثم استوهبه النبي صلى الله عليه وسلم من معاذ
فوهبه منه فكان في يده عليه السلام الى ان توفي ثم كان في يد ابي بكر رض الى ان توفي ثم كان
في يد عمر رض الى ان توفي ثم كان في يد عثمان رض حتى وقع من يده في البير فانفق مالا عظيما
في طلبه ولم يجده ووقع الخلاف والتشويش بينهم من حين وقع الخاتم في البير ومنها ما روي
ان نعمان بن بشير دخل على النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم فضة فقال ما لك تختمت بخاتم
اهل الجنة قبل ان تدخل فقد حدثه عليه السلام بالدخول الجنة قوله ثم اذهبتم طيباتكم في
حياتكم الدنيا فنزع ذلك ودخل وعليه خاتم حديد فقال اري عليك حلية اهل النار فنزعه
ثم دخل ومعه خاتم صفر فقال عليه السلام اني لاجد منك ريح الاصنام فقال بم اتختم يا رسول
الله فقال بالفضة ولا تزده على مثقال واجعله في يمينك ثم صار الافضل جعله في اليسار
لان ذلك صار من علامة اهل البغي ويجعل الفص الى باطن كفه كذا روي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم بخلاف النساء لانهن يلبسن للتزين وقال بعض الناس لا باس بالتختم
بالذهب لما روي البراء بن عازب انه لبس خاتم فضة وقال كسانيه رسول الله صلى الله عليه
وسلم وقال البس ما كساك الله ورسوله ولان النهي عن استعمال الفضة والذهب انما
حل التحلي بالفضة لعلة ملكه مزوجا وجعله كالعلم في الثوب فكذا في الاخرى ولنا ما روي
عن علي وابن مسعود وابي هريرة رض انه عليه السلام نهى عن ذلك ولان الاصل هو التحريم
والاباحة ضرورة الختم والنموذج وقد اندفعت بالفضة لانها احد الحجرين فبقي الذهب
على حكم التحريم وما رواه منسوخ او تاويله انه كان فضة مركبا بالذهب …
العرق بالحلقة فانها يكون التبع في الحكم … وقوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص

Copyright © King Saud University

حتى يجوز ان يكون من حجر قوله ومن الناس من اطلق الحجر الذي يقال له يشب واليشم ما ليس
الا عند السرخسي ره فانه قال والاصح انه لا باس به كالعقيق فانه عليه السلام كان يتختم بالعقيق
وقال تختموا بالعقيق فانه مبارك ولانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر ولانه يتخذ منه الاصنام
فاشبه الصفر وهو منصوص واطلاق الجواب في الكتاب يدل على تحريمه وهو مختار في الجامع
الصغير ولا يختم الا بالفضة يوم الكلاب فهو بالضم والتخفيف اسم ماء كانت عنده وقعة قوله
لم ينفع في الانف معناه اي جعل الذهب لم ترفع العفونة في الانف بدل اتخاذه من الذهب
قوله ويسمى ذلك الرتم والرتيمة في المغرب الرتيمة خيط التذكرة يعقد بالاصبع وكذا الرتمة
وارتمت الرجل ارتاما وارتم هو بنفسه قال الشاعر لا يكن حاجة لها في نفوسكم فليس بمغن عنك
عقد الرتائم والرتم ضرب من الشجر وانشد ابن السكيت هل ينفعك اليوم ان همت بهم قوله
كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقال معناه ان الرجل اذا خرج في سفر عمد الى هذا الشجر فشد
بعض اغصانه ببعض فاذا رجع واصابه على تلك الحال قال لم تخني امرأتي وان اصابه
وقد انحل قال خانتني وهو المشهور والمروي من الثقات الا ان ابا الليث ره ذكر الرتم بمعنى
الرتيمة وابو زيد ذكر الرتم في جمعها وانشد هذا البيت ستنهاه دائم الحنطة وكانه جعلها
جمعها لها فصل في الوطي والنظر والمس قوله اعلم ان مسائل النظر اربعة نظر الرجل
الى الرجل والرجل الى المرأة ونظرها اليه ونظر الرجل الى منكوحته ومملوكته والى ذوات
محارمه والى اماء الغير والى الحرة الاجنبية فلا يجوز ان ينظر الرجل الى الحرة الاجنبية
الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها قال علي وابن عباس
رض ما ظهر منها الكحل والخاتم اي مواضعهما وهو الوجه والكف وكذا المراد بالزينة المذكورة
مواضعها اطلاقا لاسم الحال على المحل منها وقالت عائشة رض المراد بقوله تعالى الا ما ظهر
منها احدى عينيها وقال ابن مسعود رض المراد منه خفها وملاءتها واستدل ابن مسعود رض
بقوله عليه السلام النساء حبائل الشيطان بهن يصيد الرجال وقال ما تركت بعدي فتنة
اضر على الرجال من النساء وجرى في مجلسه عليه السلام يوما ما خير النساء من الرجال
فلما رجع الى بيته اخبر فاطمة رض فقالت خير للرجال من النساء الا يرينهن وخير
ما للنساء من الرجال الا يرينهم فلما اخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك قال هي
بضعة مني فعلم انه لا يباح النظر الى شيء من بدنها ولان حرمة النظر لخوف الفتنة و
عامة محاسنها في وجهها فخوف الفتنة في وجهها اكثر منه الى سائر الاعضاء وبنحو هذا
يستدل عائشة رض ولكنا نقول هي لا تجد بدا من ان تمشي في الطريق فلا بد من ان
تفتح احدى عينيها بهذه الضرورة والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها ولكنا ناخذ بقول
علي وابن عباس فقد جاءت الاخبار في الرخصة في النظر الى وجهها وكفيها

من ذلك ما روي ان امراة عرضت نفسها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فنظر الى وجهها
ولم يرغب فيها وبما قال عمر رض في خطبته الا لا تغالوا في صدقات النساء فانها لو كانت
مكرمة او تقوى عند الله كان اولاكم بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فما خطب رسول الله
صلى الله عليه وسلم امرأة اكثر من اثنتي عشرة اوقية وليس فقامت سفعاء الخدين فقال
انت تقوله برأيك ام سمعته من رسول الله فانا نجد في كتاب الله تعالى بخلاف ما تقول قال
الله تعالى وآتيتم احداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا فبكى عمر رض فقال كل الناس افقه من
عمر حتى النساء في البيوت فذكر الراوي انها كانت سفعاء الخدين وفي هذا انها كانت سافرة
من وجهها وما انا ولنا فاطمة رض احد عليها بلالا او انسا فقال له رايت كفها قطعة قمر فدل
انها لا باس بالنظر الى الوجه والكف فاما خوف الفتنة فيكون في النظر الى ثيابها ايضا قوله اما
اذا كانت عجوزة لا تشتهي فلا باس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة فان قيل هذا
القليل في مقابلة النص وهو ما ذكر في الكتاب من مس كف امراة ليس منها بسبيل وضع كفه على
جمرة يوم القيامة قلنا المراد من امراة تدعو الشهوة الى مسها فدل عليه ما روي عن ابي بكر رض
عبد الله بن الزبير والصغيرة اذا كانت لا تشتهي يباح مسها والنظر اليها لانه ليس لبدنها حكم العورة
ولا في النظر والمس خوف الفتنة قوله يجوز ان يمكن التحرز عنه وان لم يمكن التحرز عنه فعلا فقد
امكن التحرز فيه وصار كمسألة الترس بصبيان المسلمين قوله بخلاف حالة الاداء فقد التزم هذه
الامانة بالتحمل وهو متعين لادائها قوله ابصرها قال عليه السلام للمغيرة بن شعبة رض لما
اراد ان يتزوج امراة ابصرها فان ذلك احرى ان يدوم بينكما اي اولى بالاصلاح وايقاع
الالفة والوفاق بينكما هكذا رواية المبسوط واما رواية قال النبي عليه السلام للمغيرة بن شعبة
وخطب امراة لو نظرت اليها فانه احرى ان يؤدم بينكما الادم والايدام الاصلاح والتوفيق
من ادام الطعام وهو اصلاحه بالادام وجعله موافقا للطاعم قوله الخفض للجارية
كالختان للغلام وجارية مخفوضة اي مختونة كذا في الخافضة والختان يعني انهما ينظران
الى العورة لاجل الضرورة لان الختان سنة وهو من جملة الفطرة في حق الرجال لا
يمكن تركها وهي مكرمة في حق النساء ايضا قوله وكذا الهزال الفاحش اي اذا قيل
له ان تختان مثل ما بك من الهزال فلا باس بان يبدي ذلك الموضع للخاتن على
ما روي عن ابي يوسف ره وهذا صحيح فان الهزال الفاحش نوع مرض يكون اخر الدق
والسل قوله معتادا فيه العادة اي لنقل العمال وعجزهم عن الاتزار عن ذلك الموضع وفي
المنع عن العادة الظاهرة حرج قوله لان الشهوة غير موجودة في جانبهن حقيقة لانهن غير
ناظرات اليها واعتبارا لعدم غلبة الشهوة قوله وكذا العورة فتحققت الى الانكشاف فيما
بينهن اي في الحمام قوله من امته التي تحل له فيثبت بالحل لان اباحة النظر الى جميع بدن امته سببه

Copyright © King Saud University

على حل الوطء وفيما لا يحل من امته كامته المجوسية وامته التي هي اخته من الرضاع كان الحكم
في النظر كامة الغير قوله لحمار ابيض هو حمار وحشي وانما قيد لانه في الاهلي نوع من
الاقتاب والشعر قوله لوجود المعنيين وهما الضرورة وقلة الرغبة فيه اي في المحرم وهذا
اشارة الى ما ذكره بقوله فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى ذلك الى الحرج وكذا الاثر
بقلة للتحريم المؤبد وقوله في الاصح متعلق بقوله فلو حرم النظر الى هذه المواضع ادى ذلك
الى الحرج وكذا الرغبة بقلة للتحريم المؤبد وقوله في الاصح متعلق بقوله او سفاح لان اختلاف
المشايخ في المصاهرة بالزنا لا في المصاهرة بالنكاح قوله ولا باس بان يمس ما جاز
ان ينظر اليه منها لما روي ان النبي عليه السلم كان يقبل راس فاطمة رضه ويقول اجد
منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدا بها فعانقها وقبل راسها وقال عليه السلم
من قبل رجل امه فكانما قبل عتبة الجنة قوله لا تسافر المراة فوق ثلاثة ايام كلمة فوق ههنا
صلة فان حرمة المسافرة ثابتة في ثلاثة ايام ايضا فكان نظير قوله تعم فان كن نساء فوق
اثنتين فلهن ثلثا ما ترك قوله والمراد اذا لم يكن محرما اي المراد من قوله ليس معها سبيل
اذا لم يكن محرما قوله علاها بالدرة اي ضربها بعلاوتها اي باعلاها قوله اعتبر بحالات في
الاصل الضرورة فيهن اي الضرورة التي لا بد منها في المحارم محرم الحاجة اي اعتبر نفس
الحاجة لا الضرورة يعني اذا خاف الهلاك على الامة بان كانت الامة في العيا في علو
تركها تنقطع عن القافلة وتهلك واما الحاجة ان تكون المراة في البلد والقرية ويحتاج
ان يمشي الى الرباعة قوله ولم يفصل اي بين وجود الشهوة وعدمها سواء كان في
النظر او في اللمس فقال يحل اذا اراد ان يشتري جارية لا باس ان يمس ساقها وذراعها
وصدرها وينظر الى صدرها وساقيها مكشوفين قوله واذا حاضت الامة اي بلغت معناه
اطلاقا لاسم السبب على المسبب لان غالب بلوغهن بالحيض قوله لم تعرض في ازار يعني
لم تلبس القميص لان ظهرها وبطنها عورة والمراد بالازار الذي يستر بين السرة والركبة
وقال محمد ره وكذلك اذا بلغت مبلغا يجامع ويشتهى لان المشتهاة كالبالغة قوله الخصا
مصدر خصاه نزع خصيته فهو خصي على فعيل والاخصاء في معناه خطأ واما
الخصي كما في حديث الشعبي على فعل بفعل قياس وان لم يسمع والمفعول خصي على فعيل
والجمع خصيان قوله والمخنث في الردي من الافعال قيد بالردي من الافعال وهو
ان يمكن غيره من نفسه احترازا عن المخنث الذي في اعضائه لين وفي لسانه تكسر
باصل الخلقة ولا يشتهي النساء ولا يكون مخنثا في الردي من الافعال فانه قد رخص بعض
مشايخنا في ترك مثله مع النساء استدلالا بقوله تعم او التابعين غير اولي الاربة من الرجال
قيل هو المخنث الذي لا يشتهي النساء وقيل هو المجبوب الذي جف ماؤه وقيل المراد به الابله
الذي

الذي لا يصنع بالنساء انما همته بطنه وفي هذا الكلام نظر فانه اذا كان شابا يمتنع من النساء وانما
ذلك لانه اذا كان شيخا كبيرا وقد ماتت شهوته فحينئذ يرخص فيه ذلك قوله والحاصل انه يوخذ فيه بمحكم
كتاب الله تعم المنزل فيه وهو قوله تعم وقل للمومنين يغضوا من ابصارهم قال شمس الائمة
السرخسي ره ان قوله والتابعين من المتشابه وقوله للمومنين يغضوا محكم فيؤخذ بالمحكم
ونقول كل من كان من الرجال فلا يحل لها ان تبدي موضع الزينة الباطنة بين يديه ولا
يحل له ان ينظر اليها الا ان يكون صغيرا فحينئذ لا باس بذلك لقوله تعم او الطفل الذين لم يظهروا
على عورات النساء وقد روي انه كان في بيت ام سلمة مخنث فلما حاصر رسول الله صلى الله
عليه وسلم الطائف قال المخنث لام سلمة اذا فتح الله علينا الطائف فانك على ابنة غيلان فانها
تقبل باربع وتدبر بثمان فقال عليه السلم اراه هذا يعرف هذا لا يدخل عليهن كذا في الايضاح و
معنى قوله تقبل باربع وتدبر بثمان ان المراد عكن البطن العكن جمع عكنة وهي الطي الذي يكون
في البطن من السمن اي هن اربع اذا اقبلت وثمان اذا ادبرت لان لكل عكنة طرفان الى
جنبها قوله وقال مالك ره وهو احد قولي الشافعي ره لقوله تعم وما ملكت ايمانهن ولانه يحتاج
ان يدخل على الاماء لانهن يدخلن في قوله او نسائهن ولانه لا يشكل انه للامة ان تنظر الى سيدها
كالاجنبيات ولان بينهما سببا محرما للنكاح فكان كالمحرم ولا باحة النظر ثم للحاجة الى الدخول
من غير استيذان واحتشام هذا يتحقق فيما بين العبد وسيدته قلنا المراد من قوله او
نسائهن الحرائر المسلمات لانه ليس للمومنة ان تتجرد بين يدي مشركة او كتابية كذا عن
ابن عباس رضه والظاهر انه عنى بنسائهن من في صحبتهن من الحرائر والنساء كلهن سواء في
حل نظر بعضهن للبعض والمراد من قوله او ما ملكت ايمانهن الاماء كما قاله سعيد بن المسيب
سعيد بن جبير رضه والموضع موضع اشكال لان حال الامة تقرب من حال الرجال حتى
تسافر بغير محرم فكان ينبغي ان يشكل انه هل يباح لها التكشف بين يدي امتها ام لا فازال هذا الاشكال
بقوله تعم او نسائهن لان مطلق هذا اللفظ يتناول الحرائر دون الاماء واما حرمة المناكحة
بينهما على عرضة الزوال فكانت بمنزلة منكوحة الغير او معتدته وهذا لا يوجب الستر عليها بمعنى
خوف الفتنة وذلك موجود ههنا واما عدم ذلك بالمحرمية لان الحرمة المؤبدة تقلل
الشهوة واما الملك فلا يقلل الشهوة بل يحملها على دفع الشهوة فكان ادعى الى خوف
الفتنة ووجوب الستر والبلوى غير متحقق لان العبيد للاستخدام خارج البيت لا داخل
البيت فقد قيل من اتخذ عبدا للخدمة داخل البيت فهو كشخان وهو الديوث الذي
لا غيرة له قوله قال سعيد اطلق السعيد ولم يقيد بالنسبة ليتناول للسعيدين
على ما ذكرنا والمراد من قوله او غيرهما سمرة بن جندب وانه كان يقول كقول السعيدين
ذكره في التيسير قوله ولو كانت لقصة امته عزم تقدم ذكرناه في النكاح وهو قوله اذا تزوج امة

فالاذن فى العزل الى الحواى عند ابى حنيفة رح وعن ابى يوسف رح ان الاذن اليها الى لحر والله
اعلم فصل فى الاستبراء وغيره قوله استبراء الجارية طلب براءة رحمها من الحمل قوله
واوطاس موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة النبى صلى الله عليه وسلم قوله حتى
يستبرين الصواب بالهمزة كذا فى المغرب قوله وافاد وجوب الاستبراء على المولى لان
النهى عن الوطى مع الملك وهو المطلق الحاجز دليل على وجوب الاستبراء لانه لو لم يجب
لما وجب منع المالك عن استيفاء حقه ولا نفى ابلغ من النهى قوله وهو استحداث الملك
واليد لانه هو الموجود فى مورد النص يعنى ان الموجود فى مورد النص وهو قوله عليه السلام
الا لا توطا الحبالى انما هو استحداث الملك واليد فيكون هو السبب ولمانع الشرع من
الوطى مع الملك لا يخلو عن حكمة وهى صيانة الماء عن الخلط بماء غيره ولا يجوز ان يكون الحكمة
موجبة لان الحكمة يتعقبه والعلة سابقة وذكر فخر الاسلام رح فى المبسوط ان علة وجوب
الاستبراء ارادة الوطى فانه متى اراد الوطى ولا يحله الا فى محل فارغ يجب عليه ان يعرف
براءة الرحم حتى لا يصير ساقيا ماءه زرع غيره وفيه حكمة صيانة الولد عن الضياع ان ارادة
الوطى لا يوقف عليها حقيقة فيدار الحكم على التمكن من الوطى فاقيم التمكن من الوطى
مقام ارادة الوطى وذلك لا يتحقق بنفس الملك وانما يتحقق بالملك واليد فان قيل
ارادة الصلوة سبب لوجوب الطهارة قلنا لان ارادة الصلوة يتحقق لفرضية الصلوة
ولا كذلك ارادة الوطى فلا يقال الموجب هو السبب لان فى جعله علة سد باب القياس
وانه مفتوح بالنص قوله بماء محترم كذلك وهو ان يكون الولد ثابت النسب لماء فيه ماء
محترم وان كان الحكم فى غير المحرم كذلك فان الجارية اذا كانت حاملا من الزنا لا يحل وطيها
قبل الاستبراء اخراجا للكلام مخرج اوضاع الشرع تنبيها على انه لا ينبغى ان يكون الا ما هو
مشروع حتى وهذا نظير قوله عليه السلام من نام عن صلوة او نسيها والحكم فى العمد كذلك لان
الظاهر من حال المسلم ان لا يفوت الصلوة عمدا ولا ينبغى ان يكون كذلك فلهذا قيد بالنوم
والنسيان كذا هنا قوله والخلع والكتابة بان جعل الامة بدل الخلع او بدل الكتابة
وغير ذلك بان يملكها بصدقة او بهبة او ميراث حيث يجب على مولى الجارية الاستبراء
قوله وكذلك يجب على المشترى من مال الصبى بان باعه ابوه او وصيه قوله والمملوك
بان اشتراها من العبد الماذون والمكاتب فان اشتراها المولى من عبده تاجر يجب
عليه الاستبراء عند ابى حنيفة رح فى وجوب الاستحسان وصورة ذلك ما ذكر فى
المبسوط فان اشتراها من عبد له تاجر فلا استبراء عليه ان كانت قد حاضت بعدما
اشتراها العبد ولا دين عليه لان المولى ملك بضعها من وقت الشراء وقد حاضت بعد
ذلك حيضة فيكتفى بذلك عن الاستبراء كما اذا اشتراها له وكيل فحاضت فى يد الوكيل حيضة

والكان

والكان على العبد دين يحيط برقبته وبما فى يده فكذلك الجواب عند ابى يوسف ومحمد رح لان
دين العبد لا يمنع ملك المولى فى كسبه ولهذا لو اعتقه جاز عتقه فاما عند ابى حنيفة رح فهى ايضا
كذلك لان العبد ليس من اهل ان يثبت له عليها ملك الحل بسبب ملك الرقبة ولا يثبت ذلك
للغرماء ايضا بسبب دينهم والمولى احق بها حتى يملك استخلاصها لنفسه بقضاء الدين من موضع
اخر فاذا حاضت بعدما صار المولى احق بها يجتزئ بتلك الحيضة من الاستبراء ولكنه استحسن فقال
عليه السلام ان يستبرئها بعدما يشتريها من العبد لانه قبل الشراء كان لا يملك رقبتها حتى
اذا اعتقها لم ينفذ عتقه فانما حدث له ملك الحل بسبب ملك الرقبة حين اشتراها فعليه
ان يستبرئها قوله وممن لا يحل له وطيها بان كانت الجارية اختا للبائع من الرضاع او كان
البائع وطئ امها او وطيها ابوه او ابنه قوله فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل اما فى حق
المكاتبة والماذون فظاهر قوله وكذا اذا كانت بكرا لان الشغل مع البكارة محتمل اما اذا كانت
لصغر او لمرأة فتوهم الشاغل ثابت ايضا بنكاح او سفاح قوله خلافا لابى يوسف رح فان
عنده تجتزئ بتلك الحيضة للتيقن بفراغ الرحم كما لو طلقها قبل الدخول لا يجب العدة لذلك
قوله ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة اى فيما اذا ابقت ولم تخرج من دار الاسلام
اما لو ابقت ودخلت دار الحرب ثم اخرجت الى دار الاسلام بغنيمة او شراء واخذها المولى
قال ابو حنيفة رح لا يجب عليه الاستبراء وقال صاحباه يجب كذا فى فتاوى قاضيخان قوله
ولو نظائر كثيرة اذا كانت امته مجوسية ووهبت فى الرق لا يلزمه الاستبراء وكذلك لو
باعها على انه بالخيار ثلثة ايام وسلم الى المشترى ثم ابطل البيع فى مدة الخيار لا يلزمه
الاستبراء منها اذا ردها ثم استرجعها قوله وعشر شهران وخمسة ايام كان يقول
اولا ان عدتها اربعة اشهر وعشرة ايام اعتبارا بعدة الوفاة فى الحرة ثم رجع وقال شهران وخمسة
ايام اعتبارا بعدة وفاة الامة وعليه الفتوى لانه متى صلحت هذه المدة للتعرف عن
شغل رحم بالنكاح فى الاماء فلان يصلح للتعرف عن شغل رحمها بملك اليمين وهو
دونه اولى قوله ممن يوثق به لانه اذا لم يوثق عليه ربما لا يطلقها فلا يحصل المقصود وفى
فتاوى قاضيخان رح اذا اشترى جارية واراد ان يزوجها قبل العتق وخاف ان لو
زوجها من عبده او اجنبى ربما لا يطلقها البتة فالحيلة له ان يزوجها على ان يكون
امرها بيده يطلقها متى شاء قوله كما كانت معتدة الغير يعنى اذا كان اشتراها منه
معتدة وقبضها وانقضت عدتها بعد القبض لا يجب الاستبراء ولان عند استحداث
الملك المؤكد بالقبض لم يكن فرجها حلالا للمشترى فلما لم يجب الاستبراء وقت استحداث
الملك لم يجب بعد لعدم تجدد الملك قوله لان الحيض فيه تسطر عمرها اى قريبا من شطر
عمرها وهو عشرة ايام فى كل شهر فكان قريبا من خمسة عشر يوما وهو نصف الشهر قوله

Copyright © King Saud University

واصل هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا الا طلاق قوله تعالى وان تجمعوا بين
الاختين ولا تعارض بقوله او ما ملكت ايمانكم لان الترجيح للمحرم كان في هذا الفصل اختلاف
بين عثمان وعلي رضي وكان عثمان رضي يقول احلتهما اية يعني قوله او ما ملكت ايمانكم وحرمتهما
يعني قوله تعالى وان تجمعوا بين الاختين فكان يتوقف فيه وكان علي رضي يرجح المحرم لانه
ان كان المراد الجمع بينهما وطيا فهو نص خاص وان كان الجمع بينهما نكاحا فالنكاح سبب
مشروع للوطي فحرمة الجمع بينهما نكاحا دليل على حرمة الجمع بينهما فاخذنا بقول علي رضي
احتياطا لتغليب الحرمة على الاباحة **فان قيل** الاصل في الدلايل الجمع والتوفيق هنا بان
نحمل قوله وان تجمعوا على النكاح وقوله او ما ملكت ايمانكم على ملك اليمين **قلنا** المعنى
الذي حرم الجمع بين الاختين نكاحا وجد هنا وهو قطيعة الرحم فثبت الحكم هنا ايضا
ولان قوله او ما ملكت ايمانكم مخصوص بالاجماع فان امه واخته من الرضاع والمجوسية
حرام فلا تعارض بين ما ليس بمخصوص وهو المحرم للجمع **قوله** وكذا الكتابة كالاعتاق في
هذا اي في انه يحل وطي الاخرى وفي المبسوط هذا الجواب في الكتابة مشكل لانها
بالكتابة لا تخرج عن ملك المولى حتى لا يلزمه استبراء جديد بعد العجز ولم يحل فرجها
بحرم فينبغي ان لا يحل له وطي الاخرى ولكن قال ملك الحل للمولى يزول بالكتابة ولهذا يلزمه
العقر بوطيها وكان وطيه اياها في غير ملك حتى لا ينفك عن عقوبة او غرامة
وقد سقطت العقوبة فيجب الغرامة فيجعل زوال ملك الحل عنها بالكتابة كزوالها
بتزويجها فيحل له ان يطا الاخرى **قوله** ولا باس بالمصافحة لانه هو المتوارث وقد
رخص بعض المتاخرين تقبيل يد العالم او المتورع على سبيل التبرك وعن سفيان
قال تقبيل يد العالم سنة وتقبيل يد غيره لا يرخص فيه قال الصدر الشهيد رح انه
هو المختار وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي غيره فهو مكروه فلا رخصة
فيه وما يفعلونه من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به اثمان
لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الشهيد انه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية
دون العبادة قال شمس الائمة السرخسي رح السجود لغير الله تعالى للتعظيم كفر واما
القيام لتعظيم الغير فعن بعض المشايخ وهو ابو القاسم الحكيم انه اذا دخل احد من
الاغنياء يقوم له ويعظمه ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال لان
الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم لتضرروا ولا يطمع الفقراء وطلبة
العلم مني ذلك وانما يطمعون مني جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون
بترك القيام والله اعلم **فصل** في البيع **قوله** ولا باس ببيع السرقين وروي
ان سعد بن ابي وقاص رضي كان يدمل ارضه بنفسه ويقول مكتل عر مكتل بر

الارض

الارض اي اصلحها بالعرة وهي السرقين ويكره بيع العذرة وهي رجيع الادمي قال الشيخ
ابو منصور رح كل ما انفصل من الادمي لا يجوز الانتفاع به نحو الظفر والشعر والعذرة
وما انفصل من غير الادمي من الحيوانات يجوز بيعه والانتفاع به الا بغير المخلوط في
الصحيح وعن ابي حنيفة رح انه لا باس بالانتفاع بالعذرة الخالصة لانه اخبر بخبر صحيح
اي صادر عن عقل وتمييز **قوله** على اي وصف كان اي عبدا كان مميزا عاقلا سواء كان
حرا او عبدا مسلما او كافرا او رجلا او امراة **قوله** لما مر من قبل اي في فصل الاكل و
الشرب في مسئلة ومن ارسل اجيرا له مجوسيا وقال قبيل قوله بعد هذا وهذا اذا كان ثقة
يعني انه ممن يعتمد على كلامه وان كان فاسقا لانه يجوز ان يكون فاسقا صادق القول لا
لمتهم لمروته **قوله** وان كان اكبر رايه انه كاذب لا ينبغي له ان يتعرض لشيء من ذلك لان
اكبر الراي كاليقين قال عليه السلام لوابصة بن معبد ضع يدك على صدرك واستفت
قلبك فما حاك في صدرك فدعه وان افتاك الناس به وقال محمد رح في الاصل واكبر
الراي يجوز للعمل فيما هو اكبر من هذا كالفروج وسفك الدماء وان من تزوج امراة فا
دخلها عليه انسان واخبره انها امراته وسعه ان يعتمد خبره ان كان ثقة عنده او
كان اكبر رايه انه صادق فيطاها وكذلك لو دخل رجل على غيره ليلا وهو شاهر
سيفه مادا رمحه يشتد نحوه فان صاحب المنزل يحكم رايه ان كان انه لص قصد واخذ
ماله وخاف انه ان صاح به بادره بالضرب فلا باس بان يشد عليه بالسيف فيقتله
عليه قبل ان يقتله هو وان كان اكبر رايه انه هارب من اللصوص لا ينبغي له ان
يعجل بقتله وان قتله وفي رايه انه لص ثم تبين انه رجل صالح فالقياس ان يقتص
منه وفي الاستحسان عليه الدية وفي مسئلة كتاب الاكراه نعلم بهذا ان فيما هو اهم الامور
وهو الدماء والفروج جاز العمل فيها باكبر الراي عند الحاجة مع ان الغلط اذا
وقع لا يمكن تداركه ففيما دون ذلك اولى **قوله** لان يد الفاسق دليل الملك في حق
الفاسق والعدل وحق الناس كافة لان اليد دليل الملك شرعا والفاسق والعدل
في هذا سواء حتى اذا نازعه غيره فالقول له ويحل لمن راه في يده ان يشهد له
بالملك **قوله** ولم يعارضه معارض فلا معتبر باكبر الراي عند وجود دليل ظاهر
الا ان يكون مثله لا يملك مثل ذلك فح يستحب له ان يتنزه وذلك كدرة في يد فلان
يفتقر لا يملك شيئا او دابة او كتابا في يد جاهل لم يكن في ابائه من هو اهل لذلك
فيظن كل الحال انه سارق لذلك العين فكان التنزه عن شرائه افضل وان كان
الذي اتاه بها اي بالجارية لان هذا خبر يعتمد على قوله ومن علم بجارية انها
لفلان فراى اخر يبيعها **قوله** ثم يقبلها اي اذا تركها عنده او وهبها منه ليقوم

Copyright © King Saud University

الحاجة بالواو اى المهملة اى المانع لتبذيل المملوك ليس بطلق التصرف قوله ولو ان امراة اخبرها
ثقة ان زوجها فلا باس بان تعتد وتتزوج هذا في الاخبار فاما في الشهادة فلا يسمع ما لم يكن الشاهد
اثنين حسبة لانه يقضى للقاضي بالفرقة ولانه قضاء على الغايب ففي التتمة اذا شهد شاهدان ان فلان
بن فلان طلق امرأته والزوج غايب لا يقبل فان شهد عند المراة حل لها ان تعتد وتتزوج بزوج
آخر وكذا اذا شهد عندها عدل ووقع في قلبها انه صادق قوله لان القاطع اى المزيل طارئ
ولا منازع بخلاف ما اذا اخبرت ان اصل النكاح كان فاسدا لان المفسد مقارن والاقدام على
العقد يدل على صحته والكان فساده فيثبت المانع بالظاهر فالحاصل انا لم نقبل خبر الواحد
في موضع المنازعة لحاجتنا الى الالزام وقبلنا في موضع المسالمة لعدمه قوله وعلى هذا الحرف
يدور الفرق هو ان المفسد اذا كان طاريا يثبت حتى بخبر الواحد العدل واذا كان مقارنا
فلا يثبت حتى يشهد بذلك عدلان بخلاف ما تقدم اراد قوله لو قالت جارية كنت امة لفلان
فاعتقني قوله ويكره الاحتكار وهو حبس الطعام المشترى من فسطاط المسلمين اى مجتمعهم
متربصا للغلاء قوله والمحتكر ملعون مثل اللعن على نوعين احدهما الطرد من رحمة الله
تعم وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الابعاد عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهذا
هو المراد هنا لان عندنا اهل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة قوله فان ليس
فهو مكروه في الوجهين اى سواء اضر باهل البلد او لم يضر لانه ملتبس السعر في ادنى ... وتخصيص
الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتبن والقت قول ابى حنيفة رح وهو قول محمد رح
عليه الفتوى وبرئ الله منه اى خذله والخذلان ترك النصرة عند الحاجة قوله والحاصل
ان التجارة في الطعام غير محمودة هذا اذا كان على قصد الاحتكار وتربص الغلاء وقصد
الاضرار بالناس اما اذا لم يكن شيء من ذلك فهو محمود لان الكاسب حبيب الله قوله
الا اذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين والبيان في قوله ثم ويتعدون عن القيمة
تعديا فاحشا بان يبيعوا بضعف ما يباع به كما اذا باعوا قفيزا بمائة وهو يشترى بخمسين
قوله فان دفع اليه مرة اخرى حبسه وعزره وفي الجامع الصغير فان دفع اليه مرة اخرى
وعظه وهدده فان دفع اليه مرة ثالثة ثم حبسه قوله وكذا عندهما لانه حجر على قوم
مجهولين فلا يصح الا ان يكون على قوم باعيانهم قوله ومن حمل لذمي خمرا فانه يطيب له
الاجر عند ابى حنيفة رح وقالا يكره ذلك لانه اعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على
البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان قوله ولان المعصية في شربها وهو
فعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورة الحمل لان الشرب قد يوجد بدون الحمل ولا
الحمل من ضرورة الشرب لان الحمل قد يوجد للاراقة والصب في الخل فيتخلل فلم يكن
المعصية من لوازم الحمل بل المعصية تحصل باختيار الفاعل فلم يوجب كراهة الحمل فصار

٧

1/(…)

كما استاجره لعصر العنب وقطفه وهنا لا باس وقولهما استحسان لا يقصده اى لا يقصد الحامل
بالحمل شرب الذمي بل مقصوده تحصيل الاجرة وقال محمد رح في الاصل لو اجر المسلم دارا من
ذمي ليسكنها فان شرب فيها الخمر او عبد فيها الصليب لم يلحق المسلم اثم شيء من ذلك لان المعصية
في قصد المستاجر دون قصد رب الدار فلا اثم عليه وذكر الامام السرخسي رح في الاجارات الفاسدة
وهو كمن باع جارية ممن لا يستبريها او ياتيها في غير المأتى لم يلحق البايع اثم شيء من فاشتري
بقصد الفاحشة به ولو كان مستاجر الدار مسلما فظهر به فسق في الدار فكان يجمع الناس
على الشرب فيها منعه رب الدار على سبيل النهي عن المنكر فانه فرض على كل مسلم صاحب الدار
غيره سواء وليس لرب الدار ان يخرجه منها مسلما كان او ذميا لان عقد الاجارة لازم لا يفسخ
الا لعذر والعذر ضرر يزول بفسخ الاجارة وهذا وهنا ليس من ذلك اذ لو كان باع
الدار كان يفسخ البيع بما يظهر منه لا سبيل له الى ذلك فكذا الاجارة كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي
رح قوله وقالا لا باس ببيع اراضيها الخ وهو رواية عن ابي حنيفة رح لانها مملوكة لظهور
الاختصاص الشرعي بها لتوارثهم بيعها وقسمتها في المواريث من الصدر الاول الى يومنا
هذا من غير نكير يويده ما روي ان عليا رض لما دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى النزول
في داره قال عليه السلام هل ترك لنا عقيل من دار يعني استولى عليها فملكها فدل على ان
عقار مكة عرضة للتمليك قوله ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه ما شاء يكره له ذلك
لانه ملكه قرضا ومعنى المسئلة ان رجلا دفع درهما الى بقال يخاف لو كان في يده يهلك او يخرجه
الى حاجة لكن حاجته الى المعاملة مع البقال ابتداء ومن غيرها كما في شرى التوابل
والملح والكبريت وليس له فلوس حتى يشتريها بها ما سنحت له من الحاجة كل ساعة فيعطى
الدرهم البقال لان ياخذ منه ما يحتاج اليه مما ذكرنا بحسابه جزءا فجزءا حتى يستوفي
ما يقابل الدرهم وهذا الفعل منه مكروه وينبغي ان يستودعه ثم ياخذ منه ما شاء جزءا
فجزءا لانه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل متفرقة قال
يكره التعشير وهو جعل العواشر قوله قالوا في زماننا لا بد للعجم من الدلالة قال مشايخنا
لم يروا به باسا لان العجم لا يمكنهم التعلم والتلاوة الا بالنقط وعلى هذا كتبة اسامي السور
وعدد الآي فهو وان كان احداثا فهو بدعة حسنة وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان و
المكان كذا ذكر الامام التمرتاشي رح قوله جودوا القرآن اي ما يكتب فيه القرآن وسوره
الرواية الثانية قوله والتعليل بالنجاسة يعني علل بان المشرك لما يجتنب عن المسجد الحرام
لكونه نجسا فلا فصل بين مسجد ومسجد قوله ولا يؤدي الى تلويث المسجد فان قيل
الجنب ممنوع عن دخول المسجد الحرام وان لم يؤد الى التلويث قلنا لان اعضاءه نجسة
وادخال النجاسة في المسجد لا يجوز واما الكافر فاعضاؤه طاهرة عن النجاسة ولهذا لا

Copyright © King Saud University

يجب عليه الغسل بالاسلام قوله وهو مثله لحرمته قال عمر رض اي لا تمثلوا خاصة الله تعالى اي خلق الله ولا باس بثقب اذن الطفل من البنات ذكره في الخلاصة ولا باس بثقب اذن الطفل
باخصاء البهايم والصواب خصاء البهايم قوله ولا باس بعيادة اليهودي والنصراني قيد بهما
لان في عيادة المجوسي اختلافا ثم النبي صلى الله عليه وسلم عاد يهوديا مرض في جواره وقال له قل
لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر الى ابيه اليهودي فقال له ابوه اجبه فاجاب بشهادة
ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله ثم مات فقال عليه السلام الحمد لله الذي انقذ بي نسمة
من النار واما عيادة المجوسي فمنهم من قال لا باس به لما قلنا وقال بعضهم لا يجوز ذلك
لان المجوس ابعد عن الاسلام من اليهود والنصارى ولهذا لا يحل ذبيحة المجوسي ونكاحهم
واختلفوا في عيادة الفاسق ايضا والاصح انه لا باس به لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين
وفي النوادر جار يهودي او مجوسي فمات ابن له او قريب ينبغي ان يعزيه ويقول اخلف الله
عليك خيرا منه واصلحك وكان معناه اصلحك الله بالاسلام يعني يرزقك الله الاسلام
ويرزقك ولدا مسلما قوله لانه يوهم تعلق عزه بالعرش فيتوهم انه عز حادث قوله و
الانعتم عنه بل هو بنتي بسبط اليهود قوله ويكره كسوة الثوب اي تلبسه قوله
ولان في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها لان من فتح وكان التجارة يجتمع
عنده جمع من الناس فلا يخلو من ان طلب احدهم شرب ما او نحوه فلو امتنع بذهب
الى المحل فلا يحتلمون اليه ويسبطي بالتجارة فصار هذا من ضرورات من ملك شيئا
ملك ما هو من ضروراته قوله وكان في بيع لقيط للاب برضاه يجوز قبضه الهبة له
وفي النهاية اعلم ان قوله للاب ليس بشرط لانه في حق هذا الحكم لانه ذكر في كتاب
الهبة في صغيرة لها زوج وهي عنده بعولها وله اب فوهبها انها لو قبضت او يقبض
لها ابوها امر فوجهان ان ذلك جائز فلم يمنع صحة قبض الزوج لقيام الاب لانه لما كان
نفعا محضا كان يتحقق معناه في فتح باب الاصابة من كل وجه من وجه الولاية ومن وجه
العول بالنفقة ومن وجه الحفظ ولا تمر ففيه ان عدم ليس للابن كذا ذكره فخر الاسلام
رح القنية اصل المال للنسل لا للتجارة قوله واجارة الصغار فان قيل ذكر بعد
هذا الخطوط ولا يجوز للملتقط ان يواجره قلنا معنى قوله واجارة الصغار تسليمهم
الى الصانع ولهذا عله من نوع الضرورة او لان فيه روايتين بعضهم عزوا الى قوله
واجارة الاظار والاول اصح لانه موافق لرواية الجامع الصغير للامام المحافظ في لفظ
فخر الاسلام البزدوي رح قوله ولو اجر الصبي نفسه لا يجوز اي لا يلزمه قوله ويكره ان
يجعل الرجل في عنق عبده راية اي الا اي الطوق الحديد الذي يجعل في عنقه علامة يعلم بها
انه ابق واما الدابة فالا لحفظ كذا في المغرب قالوا هذا اذا كان في زمانهم عندهم فلته

الاباق

الاباق واما في زماننا لا باس به لغلبة الاباق خصوصا في الهنود كذا ذكره الامام قاضيخان رح
قوله ولا باس بالحقنة تريد به التداوي قيد به لانه اراد به التسمين لا يباح قوله وقد ورد
باباحته الحديث اي باباحته للتداوي وهي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال تداووا
عباد الله فان الله تعالى ما خلق داء الا وقد خلق له دواء الا السام والهرم والامر بالتوكيل
محمول على التوكيل عند اكتساب الاسباب قال الله تعالى لمريم رض وهزي اليك بجذع النخلة و
الله تعالى قادر على ان يرزقها من غير هز كذا ذكره فخر الاسلام والمحبوبي رح قوله الا انه
لا يستعمل المحرم وفي التهذيب للعليل شرب البول والدم واكل الميتة للتداوي
اذا اخبره طبيب مسلم ان شفاءه فيه ولم يجد من المباح ما يقوم مقامه وان قال الطبيب
يتعجل شفاؤك فيه وجهان كذا ذكره الامام التمرتاشي رح وذكر في الذخيرة وما قال الصدر
الشهيد رح بان الاستشفاء بالمحرم انما لا يجوز اذا لم يعلم فيه شفاء واما اذا علم ان فيه شفاء
وليس له دواء غيره يجوز الاستشفاء ومعنى قول ابن مسعود رض ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم
فيما حرم عليكم يحتمل انه قال ذلك في داء عرف دواء غير المحرم لانه يستغني بالحلال عن
الحرام ويجوز ان يقال ينكشف الحرمة عند الحاجة فلا يكون الشفاء بالحرام وانما يكون بالحلال
قوله بعث عتاب ابن اسيد رض الى مكة وفرض له اي قدر اربعين اوقية في السنة الاوقية بالتشديد
اربعون درهما وتكلموا انه عليه السلام من اي مال ادى قال الله تعالى ولم يكن يومئذ الدواوين ولا
المال فان الدواوين وضعت في زمان عمر رض فقيل انما دفع من الفيء مما افاء الله تعالى وقيل من
المال الذي اخذ من المال الذي اخذ من نصارى نجران ومن الجزية التي اخذها من مجوس
هجر وعن ابي بكر رض انه كان ياخذ كل يوم درهما وثلثي درهم وعن عمر رض انه كان ياخذ
كفايته قال الصدر الشهيد رح وان استعف كان افضل قال الله تعالى ومن كان غنيا فليستعفف
ومن كان فقيرا فليأكل بالمعروف الاية وانكان نزولها في وصي اليتيم ولكن الوصي عامل
اليتيم فيثبت الحكم في كل من يعمل لغيره بطريق الحسبة نقل عن عثمان رض انه
احتسب لم ياخذ منه هذا كله فيما اذا كان في بيت المال الحلال جمع بحق واما اذا كان حرام ما
جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام الغصب رده على اهله وليس ذلك بمال لعامة
المسلمين قوله وهذا فيما يكون كفاية يعني اخذ القاضي رزقه على وجه الكفاية ان
يقلد القضاء ابتداء من غير شرطه ثم رزقه الوالي كفاية لاحتباسه بالقضاء عن الكسب
اما اذا اخذ على الشرط بان قال في ابتداء تقلد القضاء انا اقبل القضاء ان رزقني الوالي
كذا في كل شهر فعل كل شهر بمقابلة قضائي بين الناس فالاخذ قيل هو باطل لانه استيجار
على الطاعة فلا يجوز قوله ولو استوفى رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على الخلاف
معروف يعني لا يجب الرد على قياس قولهما ابي حنيفة وابي يوسف رح ويجب الرد على قول محمد رح

Copyright © King Saud University

وقاسوها على نفقة الزوج اذا استعجلت فمات احدهما قبل مضي السنة ثم يرجع عنده خلافا
لمحمد والصحيح انه يجب الزكاة قوله ولا باس بان يبادر الانه اوام الولد بغير حرم وفي البنية
كانت هذه الاباحة في الابتداء واما الان فيكون لها انتهى

كتاب احياء الموات

قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء او ما اشبه ذلك
بان صارت سبخة او غلب الرمال عليها فهذا تحديد لغوي يزاد عليه في الشرع اشياء
مبينا في قوله فما كان عاديا منها لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه
وهو بعيد من القرية اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع منه الصوت فهو
موات قوله وسمي به لبطلان الانتفاع به تشبيها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع قوله
اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح وفي الذخيرة الفاصل بين القريب والبعيد
مروي عن ابي يوسف رح قال يقوم رجل جهوري الصوت من اقصى العمرانات على مكان
عالي فينادي باعلى صوته فالموضع الذي لا يسمع صوته فيه يكون بعيدا وعن ابي يوسف
رح في رواية اخرى ان البعيد قدر غلوة قوله ومعنى العادي ما تقادم خرابه يعني ان لا
يكون منسوبا الى عاد كما هو مقتضاه وفي المبسوط قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان عادي الارض لله ولرسوله ومن احيا ارضا ميتة فهي له فالمراد منه الموات من الارض
سماها عاديا على انها خربت على عهد عاد وفي العادات الظاهرة ما يوصف بطول
الزمان عليها ينسب الى عاد فمعناه ما تقادم خرابه فيما لا يعلم انه لا حق لاحد فيه قوله واذا
لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين من تمة قول محمد رح يعني اذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة
المسلمين كمن مات وترك مالا ولم يترك وارثا فلا يكون للمحدث ثم تكلم على التخصيص
قوله فيناط الحكم عليه اي على القرب والبعد وعند محمد رح يناط الحكم على حقيقة الارتفاق
قوله وما رواه يحتمل انه اذن لقوم فيحمل على ما رواه وهو محكم في انه لا يجوز الافتيات على
راي الامام وقوله من احيا ارضا ميتة لبيان السبب وما رواه فينظر فيه لتكون اللذين شرطا
وليس في اللفظ ما ينفي هذا الشرط وقد قام الدليل على اشتراطه وهو ما رواه ونظيره قوله
تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه ثم حرم الصوم على الحائض والنفساء وان شهدتا
الشهر لان الدليل دل على اشتراط الطهارة من الحيض والنفاس والكتاب لا ينفي ذلك
فان قيل ما رواه خص منه الحطب والحشيش وما رويناه لم يخص منه فيكون العمل
به اولى قلنا ما ذكر لبيان انه لا يجوز الافتيات على راي الامام والحطب والحشيش لا
يحتاج فيهما الى راي الامام فلم يتناولهما عموم الحديث فلم يصر مخصوصا والارض مما يحتاج
فيها الى راي الامام لانها صارت من الغنائم بايجاف الخيل كسائر الاموال فكان ما قلنا
اولى قوله والاصح ان الاول يزرعها واصل هذا ان من احيا ارضا ميتة ثم تركها فزرعها

بقوله

يعني يبقون على دينهم كذا في الذخيرة قوله لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ
الاضافة فيه بلام التمليك وهو قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له قوله لتعينها
لتطرقه وقصد الرابع ابطال حقه لانه حين سكت عن الاول والثاني والثالث صار
الباقي طريقا له فاذا احيى الرابع فقد احيا طريقه من حيث المعنى فيكون له فيه طريق قوله
حتى لا يستبد به على اصلنا اي كما ان المسلم يملك مال الكافر بالاستيلاء عندنا خلافا للشافعي رح
فكذا الكافر ايضا يملك مال المسلم بالاستيلاء قوله او يعلمونه بحجر غيرهم اي ويعلمون الموات
بشيء آخر سوى الاحجار بمنع غيرهم قوله ليس للمتحجر بعد ثلاث سنين حق وفي الاصح انه
تحجر من الحجر لا من الحجر اي اعلم علما في حدودها ليحوزها فمنعها كذا في المغرب قوله حتى
الاحجر مرد الحجر يعني في السر وهو قوله صلى الله عليه وسلم من حفر بيرا معدا بذراع فهو
متحجر قوله ولو كربها وسقاها يعني عند محمد انه احياء ولو فعل احدهما يكون تحجيرا وفي المبسوط
ولو كربها او ضرب عليها المسناة او شق لها نهرا فهو احياء وفي الذخيرة ذكر شمس الائمة رح
ان الاحياء ان يجعلها صالحة للزراعة بان كربها او ضرب عليها المسناة او حفر لها بئرا قوله
بخلاف ما حفرتم انها حقيقتها اي عند محمد رح ودليلها اي عند ابي يوسف رح قوله وعلى هذا
قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين عنه هذا استدلال لما بين ما افتقر اليه الناس
كالملح والابار التي يستقي الناس منها لا يجوز منعهم بالاقطاع من احد فكذا لا يجوز
احياء ما يتعلق به حق العامة كما في النهر والطريق قوله لما ذكرنا اي لتعلق حقهم بها فان كان
للعطن وهي التي ينزح منها باليد فحريمها اربعون ذراعا والعطن مناخ الابل ومبركها
حول الماء وان كانت للناضح هو البعير يجر بها استون ذراعا وهذا عندهما قوله وله ما
روينا من غير فصل اي بين بئر العطن وبئر الناضح وهو قوله عليه السلام من حفر بئرا فله مما
حولها اربعون ذراعا عطنا لماشيته فان قيل لما ثبت في ذلك الحديث اربعين
ذراعا بالعطن بقوله صلى الله عليه وسلم عطنا لماشيته فكيف يكون رواية عن
ذلك الحديث من غير فصل بين العطن والناضح قلنا ذكر ذلك العطن للتعليل
لا للتقييد فان الغالب انتفاع الابار في الموات بهذا الطريق فيكون ذكر العطن
ذكرا لجميع الانتفاعات كما في قوله وحرموا البيع لما ان الغالب في ذلك البيع وكذلك
قوله تعالى ان الذين يأكلون اموال اليتامى ظلما الاية والوعيد ليس بمخصوص بالاكل
لكن الغالب من امره الاكل على ما عليه الغالب قوله والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى
عنده من الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله صلى الله عليه وسلم ما اخرجت
الارض ففيه العشر على قوله صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمسة اوسق صدقة
وعلى قوله ليس في الخضراوات صدقة قوله تركناه اي تركنا القياس فيما اتفق عليه الشيخان

Copyright © King Saud University

وهو الاربعون وفيما تعارضا فيه وهو ما وراء الاربعين لان العام بنفسه والخاص بنفسه لما
قلنا ذلك لان للعام موجبين احدهما ان يكون الحريم اربعين والثاني ان لا يكون زائدا بسبب
ذكر كلمة من وهي للتبعيض في التمييز فيمنع عليه الزيادة **فان قيل** كيف تعارضان الحديثان
واحدهما متفق على قوله والاخر مختلف فيه **قلنا** يعني صورة المعارضة كما يقال اذا تعارض
المشهور مع خبر الواحد يرجح المشهور وعدم التعارض معلوم **قوله** لما روينا وهو قوله صلى الله
عليه وسلم حريم العين خمسمائة ذراع **قوله** والذراع هو المكسرة في العرف الذراع المكسرة ست
قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بالمكسرة لانها نقصت من ذراع الملك بقبضة وهو بعض
الاكاسرة لان الكسرى الاخرى ذراع سبع قبضات **قوله** ومقدار من قبل اي بنيا البحرات
الخمسمائة يعتبر من كل جانب **قوله** كما اذا هدم جدار غيره اي يضمن النقصان او يبني الجدار
لنفسه **قوله** وذكر معرفة طريق معرفة النقصان وهو ان يقوم الارض قبل حفره ويقوم بعد
حفره فيضمن التفاوت **قوله** والعقد لابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا وهو سبيل منه
يعني يجعل الحفر التام بغير اذن الامام بمنزلة من حفر بئرا نحو ذراع باذنه وغيره يكون ذلك تحجيرا
ولم يبتنه الملك بل الى العقد فكذلك الحفر التام بدون اذن الامام لان في الحفر التام
وان وجد العلة لكن الشرط وهو اذن الامام ثم لم يوجد فلم يعمل العلة عملها فلا يثبت الملك
فيبقى تحجيرا والتحجير لا يكون متعديا فلا يضمن بالاتفاق **قوله** والقناة تجري الماء تحت
الارض **قوله** وهو مقدار خمسة اذرع به ورد الحديث فان رجلا غرس شجرة في الارض فلا
جاء آخر فاراد ان يغرس شجرة اخرى بجنب شجرته فشكا صاحب الشجرة الاولى الى النبي
صلى الله عليه وسلم فجعل له النبي صلى الله عليه وسلم من الحريم خمسة اذرع واطلق الاخر
بما وراء ذلك وهذا حديث صحيح مشهور كذا في مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله قوله
الماء يرفع فهو غير الاحياء شرطه ان يكون الارض في قهر الامام فاذا عدل عنه ولم يجز عوده
فاتت قهر الماء وصار في قهر الامام فيجوز احياؤه اذا لم يكن حريما لعامر **قوله** ومن كان
له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو جعفر الهندواني في كشف
الغوامض الاختلاف في نهر كبير لا يحتاج الى كريه في كل حين اما الانهار الصغار
التي يحتاج الى كريها في كل وقت فلها حريم بالاتفاق **قوله** وله ان القياس يا باه على
ما ذكرناه وهو قوله وكان القياس يابى استحقاق الحريم لان عمله في موضع الحفر
اي الاستحقاق بالعمل وهو الحفر ولا عمل في غير موضع الحفر فلا يستحق **قوله** ورجح
البئر ان استحقاق الحريم ثبت بالنص يعني يكون لما يستحق الحريم عندهما بالحديث
الدال على الحريم **قوله** والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما ذكرنا وهو قوله انه اشبه
بالارض صورة ومعنى فيكون القول قوله في الحريم **قوله** ولا قضاء في موضع الخلاف قضاء

ملك

ملك اي لا قضاء ملك ولا استحقاق وانما ذكر هذا لان صاحب النهر لو اقام بينة بعد هذا على ان
المسناة ملكه يقبل بينته ولو كان قضاء ملك لما قبلت بينته وذلك لان الاصل ان من صار
مقضيا عليه في حادثة لا يصير مقضيا له في تلك الحادثة ابدا الا اذا كان القضاء قضاء ترك
فانه يصير مقضيا له بعدما اقام البينة وفي قضاء الترك لو ادعى ثالث واقام البينة يقبل بينته
وفي قضاء الاستحقاق لا يقبل بينته الا اذا ادعى تلقي الملك من جهة المقضي له **قوله** وفي
الجامع الصغير نهر لرجل له جنبه مسناة ولاخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة
في يد احدهما اي ليس لاحدهما عليها غرس ولا طين ملقى انما اورد رواية الجامع الصغير لتكشف
موضع الخلاف اذ لم يكن الحريم في يد احدهما اما اذا كان في يد احدهما فصاحب اليد اولى
بالاتفاق واما القاء الطين فقد قيل انه على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم
يفحش وهو الصحيح واما المرور فقد قيل انه يمنع صاحب النهر عنه وقيل لا يمنع للضرورة وهو
الاشبه وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله باخذ بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين و
الله اعلم

كتاب الشرب

الشفة واحد الشفاة واصلها شفهة سقطت
الهاء تخفيفا يقال هم اهل الشفة اي الذين لهم حق الشرب بالشفاه وان يسقوا دوابهم
قوله والانتفاع بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر لان هذا الماء ليس لاحد فيه حق على
الخصوص فان ذلك الموضع غير داخل تحت قهر احد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا
يمنع من الانتفاع به على اي وجه شاء **قوله** والثاني ماء الاودية العظام هي جمع الوادي
على غير القياس واصل التركيب يدل على الجري والخروج فسمي الوادي به لان الماء يدي
فيه اي يجري ويسيل فكان فيه اطلاق اسم الحال على المحل كذا في الصحاح وغيره وجيحون
نهر ترمذ وجوار دم وسيحون نهر الترك ودجلة نهر بغداد والفرات نهر الكوفة **قوله** وفي الشرب صفة الهمزة فيه بالكسر والفتح **قوله** والاصل فيه قوله
عليه السلام الناس شركاء في الثلاث في الماء والكلاء والنار اما الماء فانه صار موجودا بايجاد الله
تعالى في مكانه فيبقى على الاباحة حتى يحوزه الاخذ ويجعله في وعاء فصار احق به و
حاز بجم كالصيد يصير مملوكا بالاستيلاء واما الكلاء فهو الحشيش الذي ينبت من غير
ان ينبته احد فلا يملكه صاحبه بكونه في ارضه فاذا قطعه غيره واحرزه ملكه وصار
احق ولما الحشيش الذي انبته صاحب الارض بان يسقي ارضه وكربها فانبتت الحشيش
فيها للعلف فهو احق بذلك وليس لاحد ان ينتفع به الا برضاه لانه حصل بكسبه الكسب
للكاسب والشجر اذا نبت في ارض انسان يكون لصاحب الارض والشجر ما له ساق نحو الشجر
والشوك والحشيش ما لا ساق له اذا نبت بل ينبسط على وجه الارض واما النار فمعنى
الشركة فيها الانتفاع بضوءها والاصطلاء بها وليس لمن اوقدها ان يمنع من

الاقتباس منها فاما اذا اراد ان ياخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك لانه ملكها صاحبها لان ذلك حطب
او فحم احرقه الذي اوقد النار فان اخذ من ذلك الجمر شيئا وكان له ذلك له قيمة اذا جعله
صاحبه فحما كان له ان يسترده منه وان لم يكن له قيمة لم يكن له ان يسترده لان الناس لا يمنعون
هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا والمتعنت ممنوع شرعا من التعنت **قوله** حصته
الاول الى الشرب سقيا لاجماع لانه يجوز بيعه تبعا للارض للاتفاق ومقصودا في رواية **قوله**
وهو يساوي بعضا بالم يقطع منه **فان قيل** فعلى هذا ينبغي انه لا يكون في السرقة قطع اليد
نظرا الى قوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا **قلنا** ثبت بالنص فلا يرد علينا نقضا ولانه
مقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الاحاد بالاحاد فيكون المعنى والله اعلم خلق لكل واحد
منكم ما وقع في نصيبه لا لكل الاشياء **قوله** ولهم ان ياخذ والماء منه للوضوء وغسل الثياب في
الصحيح وعند بعضهم يتوضأ في النهر ويغسل الثياب فيه **قوله** القطع شركة الشرب لواحد
اي الخلية والله اعلم **فصل** في كرى الانهار **قوله** الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد
وهو عام من كل وجه ولم يدخل ماؤه في المقاسم اي لا يقسم ماؤه ولا يمكن ذلك كالجيحون
والفرات ونحوهما لانه لا يمكن قسمة مائه بان يكون يوما لقوم ويوما للاخرين ونهر مملوك
دخل ماؤه تحت القسمة الا انه عام اي من وجه وخاص من وجه ونهر مملوك دخل ماؤه
تحت القسمة وهو خاص من وجه **قوله** والفاصل بينهما استحقاق الشفعة به وعلامته يعني
الكل بما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام وتكلموا في النهر الخاص قال بعضهم
ان كان النهر لعشرة فما دونها او عليه قرية واحدة تسقى ماؤه فيها فهو خاص يستحق به
الشفعة وان كان لما فوق العشرة فهو نهر عام وقال بعضهم ان كان النهر لما دون
الاربعين فهو خاص وان كان للاربعين فهو عام وبعضهم حملوا الحد الفاصل في
المائة وبعضهم في الالف واصح ما قيل فيه ان يفوض الى راي المجتهد حتى يختار من
الاقاويل اي قول شاء كذا في فتاوى قاضيخان وقيل الخاص ما لا يجري فيه السفن و
ما يجري فيه فهو عام **قوله** الا انه يخرج لراي المكري فيجعل مؤنته على المياسير الذين
لا يطيقون بانفسهم كما يجعل في تجهيز الجيوش فانه يخرج من كان يطيق القتال و
يجعل مؤنته على الاغنياء كذا هنا **قوله** ويقابله عوض وهو حصته من الشرب فلا
يعارض الضرر العام بالضرر الخاص بل يعلي جانب الضرر العام ويجب السعي في اعدامه
وان بقي الضرر الخاص مع ان ذلك الضرر في الخاص مجبور بعوض يقابله وهو حصته
من الشرب **قوله** ثم قيل يجبر الابي هو قول ابي بكر الاسكاف وقيل لا يجبر وهو قول
ابي بكر بن ابي سعيد البلخي كذا في فتاوى قاضيخان ثم ما ذكره من اجبار الابي فيما اذا كرى
البعض وابى البعض يجبر الابي على قول البعض واما اذا امتنع الكل عن الكرى

الفقها على ترك الكرى فهو ظاهر المذهب لا يجبرهم الامام على ذلك كما لو امتنعوا عن عمارة
اراضيهم ودورهم فقد قال بعض المتاخرين من اصحابنا يجبرهم على ذلك لحق اصحاب
الشفعة في النهر كذا في المبسوط **قوله** بخلاف ما تقدم وهو الاجبار في النهر الثاني فانه
من ابى من اهله يجبر عليه هناك لان احد الجنبين هناك عام والاخرى خاص فيجبر
الابي نفعا للضرر العام عن غيره واما ههنا فكلا الجنبين خاص فاستويا فلا يجبر ولا
حق لحق الشفعة هذا جواب اشكال وهو ان في كرى النهر الخاص احياء حق الشفعة للعامة
فيكون في الترك ضرر عام فينبغي ان يجبر الابي على الكرى نفعا للضرر عن اهل الشفعة وهو
قول بعض المتاخرين من مشايخنا فجواب ظاهر الرواية انه لا يجبر الابي لحق اهل الشفعة
كما لو امتنع جميع اهل النهر عن الكرى لا يجبرون على الكرى لحق اهل الشفعة لان هذا
امتناع عن اثبات الحق لهم لا ابطال حقهم لان حقهم انما يثبت حال حياة الماء لا قبله
وهذا كامتناع الولي اليتيم فانه لم يذل لان امتناع عن ثبوت الحق للصغير لا ابطال حقه
قوله فان جاوز ارض الرجل دفع عنه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو حنيفة احوط
في الفتوى كذا في فتاوى قاضيخان **قوله** ولا يلزم انتفاع غيره والصواب نفع غيره
لان الانتفاع في معنى النفع غير مسموع **قوله** وليس على صاحب المسيل عمارته اي ليس على
من هو في اعلى النهر عمارة اسفل النهر بسبب يسيل الماء اليه وهذا جواب عن توهما
لاحتياجه الى تسييل ما فضل من الماء فيه قلنا مع ذلك لا يلزمه شيء من عمارة ذلك
الموضع باعتبار تسييل الماء الاتري ان من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا
يلزمه شيء من عمارة سطح جاره ثم هو متمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى
اسفل النهر بان يسد فوهة النهر من اعلاه اذا استغنى عن الماء فعرفنا ان الحاجة
المعتبرة في الزام مؤنة الكرى الحاجة الى سقي الاراضي **قوله** وليس على اهل الشفعة من
الكرى شيء لانهم لا يحصون ومؤنة الكرى لا تستحق على قوم لا يحصون ولان اهل الشفعة
جميع اهل الدنيا فلا يمكن جمعهم في الكرى **قوله** ولانهم اتباع والمؤنة على الاصول دون
الاتباع الا ترى ان المؤنة في القتيل الموجود في المحلة على اصحاب الخطة دون المشترين
والسكان والله اعلم **فصل** في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه ويصح دعوى الشرب نعد
بغير ارض استحسانا والقياس انه لا يصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى
والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام وجه الاستحسان ان الشرب قد يملك
بدون الارض ارثا ووصية وقد يبيع الارض ويبقى الشرب فيبقى له الشرب فهو مرغوب
فيه منتفع به فاذا استولى عليه غيره كان له ان يدفع الظلم عن نفسه باثبات
حقه بالبينة **قوله** فاراد صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه اي زعم ان النهر ليس له و

Copyright © King Saud University

لذلك الرجل حق فيه **قوله** فان لم يكن في بيع على امر كوى النهر في بيع كوى وغرس الاشجار
في جانبيه وسائر ينتفع به **قوله** او انه قد كان له مجراة في هذا النهر اى موضع الاجراء
وهو حق التسييل **قوله** وعلى هذا المصب يعني موضع اجتماع ما فضل من الماء **قوله** كان
الشرب بينهم على قدر اراضيهم **فان قيل** لما استويا في اثبات اليد على الماء الذي
في النهر والمساوات في اليد يوجب المساوات في الاستحقاق عند الاستبناء **قلنا** اليد
على الماء الذي في النهر لا حقيقة وانما ذلك بالانتفاع بالماء والظاهر ان من له عشر
قطاع لا يكون انتفاعه مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الماء لا يمكن احرازه باثبات
اليد عليه وانما احرازه بسقي الاراضي وانما يثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف
الطريق اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون في ملك رقبة الارض ولا يعتبر في ذلك
سعة الدار وضيقها لان الطريق على يثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه والتطرق
فيه الى الدار الواسعة والى الدار الضيقة بصفة واحدة **قوله** والدالية والسانية
نظر الرحى الدالية جذع طويل يركب تركيب مدا في الارز وفي راسه مغرفة كبيرة يسقى بها
والسانية البعير الذي يسقى عليه اى يستقى من البئر ويقال للعرب مع ادواته سانية
ايضا والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة ما يتخذ من
الاجر والحجر يكون موضوعا ولا يرفع **قوله** ويسوق منه اى يشد جانبي القنطرة من
النهر **قوله** ولا يزيد ذلك في الماء اى لا يسيل نقص القنطرة دخول الماء في نهر الخاص
قوله الكوة ثقب البيت والجمع كوى وقد يضم الكاف في المفرد والجمع ويستعار لمفاتح
الماء الى المزارع والجداول فيقال كوى النهر **قوله** وكذا اذا اراد ان يؤخرها عن فم النهر
فيجعلها في اربعة اذرع منه اى من فم النهر وهذا التقدير اتفاقي والعبرة للاحتياط
وصورة هذا اذا كانت الالواح التي فيها الكوة في فم النهر اراد ان يؤخرها عن فم النهر
فيجعلها في وسط النهر ويدع فوهة النهر بغير لوح كذا في الذخيرة **قوله** وكذا
اذا كانت القسمة بالكوى اى لا يكون له ان يوسع الكوة **قوله** اراد ان يسفل كواه اى
اراد ان يضع الكوة اعمق مما كانت وهي في ذلك الموضع او يدفع يعني الى وجه الارض
قوله ولو كان لكل منهم كوى مسماة اى معدودة **قوله** وفي النهر الاعظم اى كدجلة و
الفرات **قوله** ان يسوق شربه في ارضه الاولى التي لها شرب حتى ينتهي الى هذه
الارض الاخرى وهي لا شرب لها وذكر خواهر زاده اذا ملأ الارض الاولى من الماء
وسد فوهة النهر له ان يسقي الارض الاخرى من هذا الماء لانه لم يستوف زيادة
على حقه وان لم يسد فوهة النهر ليس له ذلك **قوله** وهو نظير طريق مشترك
ووجه كونه نظيرها انه يزيد في الشرب ما ليس منه حق في الشرب ويزيد في الطريق

من المارة

من المارة من ليس له حق في المرور يعني اذا كان له داران متلازقتان وهو يسكن احديهما والاخرى
يسكنها غيره وممر الدار التي هو يسكنها في طريق مشترك واراد ان يفتح بابا للدار الاخرى
الى هذا ليس له ذلك **قوله** ساكنها غير ساكن هذه الدار قيد به لانه لو كان ساكن الدارين
واحدا كان له ان يفتح بابا الى الدار الاخرى لانه متى كان ساكن الدارين واحدا لا يزداد
الماء **قوله** لما فيه من الضرر بالاخرى اى بسبب الكوى وهو ثقل صاحب الاعلى على الاسفل وليس لاحد
الشريكين ان يتصرف في المشترك على وجه يلحق الضرر بشريكه وضرر التي لا للجهة يفعل
صاحب الاسفل لما يكون ارضه في اعلى النهر بمقابلة هذا الضرر له منفعة اذا قل الماء **قوله**
وكذا اذا اراد ان يقسم النهر مناصفة بينهما اى ليس له ذلك بعد ما كانت القسمة
بينهما بالكوى وهو ان يقول الشريك اجعل لي نصف النهر ولك نصفه فاذا كان في
حصتي سددت ما بدا لي منها وانت في حصتك فتحتها كلها وليس له ذلك لان القسمة
قد تمت مرة فلا يكون لاحدهما ان يطالب بقسمة الاخرى وفي القسمة الاولى
الانتفاع بالماء يستدام وفيما يطالب هذا يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء في بعض
المدة دون بعض فذلك لصاحب الاسفل **قوله** فان صالح الشرب بالشرب بالحظة لان
بيع الجنس بالجنس نسيئة لان العقد لا يكون موجبا اليوم والجنس بانفراده يحرم النساء
ولانه بيع المعدوم بالمعدوم لان الماء معدوم في النهر في الحال ولانه مجهول القدر ولان
معاوضة الشرب بما هو معلوم لا يجوز لجهالة فكيف وقد انضم اليه غرر فانه لا يدرى هل
يجري في الوقت الثاني ام لا **قوله** والشرب مما يورث لان الورثة يقومون مقام
المورث في املاكه وحقوقه وقد يملك بالارث ما لا يملك بغيره من اسباب الملك
كالقصاص والدين والخمر **قوله** ويوصى بالانتفاع بعينه وتبعا لا انتفاع بعين الشرب
احترازا عن الايصاء ببيع الشرب فان كل ذلك باطل على ما ذكر في الكتاب **قوله** و
الوصية بذلك اى وبطلان الوصية ببيع الشرب صدقة وهبة فان ذلك لا يصح كما
لا يصح بيعه وهبته **قوله** حتى لا يضمن اذا سقى في شرب غيره هذا على رواية الاصل و
اختيار فخر الاسلام انه يضمنه **قوله** وكذلك لا يصلح مسمى في النكاح يعني اذا تزوج الرجل
المراة على شرب ارض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض
لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة **قوله** ولا في الخلع يعني لو اختلعت امراة من زوجها
على شرب بغير ارض كان باطلا لا يكون له من الشرب شيء ولكن الخلع صحيح وعليها ان
ترد المهر الذي اخذته لانها اطمعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه فيصير
غارا بهذه التسمية والغرر في الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت على ما في بيتها
من المتاع فاذا ليس في بيتها شيء **قوله** وكيف يصنع الامام الاصح ان يعلم ارض لا شرب

Copyright © King Saud University

هما وقيل يجد حوضا ويجمع فيه ذلك الماء في كل شهر ثم يبيع الماء الذي جمعه في الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين **قوله** لانه غير متعد فيه وهذا لان كون الفعل علة للشيء انما يعرف بالاثر اللازم له والاثر اللازم لفعله اجتماع الماء في ارضه وانما صارت ارض جاره ذات نز بالتسرب والاجتذاب وهو امر اتفاقي قد يكون وقد لا يكون فلا يضاف الى فعله الا انه لولا فعله لما حصل هذا الفساد ايضا ففعله في حق هذا الاثر سببا محضا والمسبب انما يضمن اذا تعدى كحافر البير في مواضع الحجر وفعله في ارضه مباح فلم يضمن قالوا هذا اذا سقى ارضه سقيا معتادا تحتمل ارضه عادة اما اذا سقى سقيا لا تحتمل ارضه فيضمنه لانه اجرى الماء الى ارض جاره تقديرا والله اعلم

كتاب الاشربة

هي جمع شراب وهو كل ما يشرب من المايعات والمراد بها في هذا الكتاب ما حرم منها وكان مسكرا وسمي هذا الكتاب بها لان فيه بيان احكامها كما سمي كتاب البيوع والحدود لما فيه من بيان احكامها والاصول التي تتخذ منها الاشربة هي العنب والزبيب والتمر والحبوب كالحنطة والشعير والذرة والدخن والفواكه كالاجاص والفرصاد والشهد والفانيذ والالبان اما العنب فيتخذ منه خمسة الخمر والباذق والمنصف والمثلث والبختج والمتخذ من الزبيب شيئان نقيع ونبيذ والمتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ والمتخذ من الحبوب والفواكه وغيرها شيء واحد حكما وان اختلف اسما من النقيع كنبيذ العسل والحنطة كنبيذ الشعير والمراد كنبيذ الذرة **قوله** اذا غلا واشتد المراد بالاشتداد كونه صالحا للاسكار **قوله** ولانه مشتق من مخامرة العقل مثل هذا يجوز كما ذكر في الوجه انه من المواجهة واليم من التيمم **قوله** فيما ذكرناه اي في التي ولهذا اشتهر استعماله فيه اي لكونه خاصا فيه اشتهر استعماله فيه وفي غيره اي في غير التي غيره اي غير لفظ الخمر كالمثلث والطلاء والباذق والمنصف **قوله** ولان حرمة الخمر قطعية الى اخره يعني لا يصلح ان يتوهم حرمتها للالحاق ثبت الحرمة في تلك المعاني قطعا وغير التي ليست تلك المثابة لكان للاجتهاد فيه **قوله** وانما سمي خمرا لتخمره اي لشدته توتر فان لها قوة وشدة ليست لغيرها حتى سميت ام الخبائث **قوله** لا لمخامرته اي لا لستره العقل **قوله** على ما ذكرتم لان لكون الاسم خاصا فيه ما ذكرتم انه سمي بها لمخامرته فلا يدل على ان كل ما يخامر العقل يسمى خمرا فالفرس الذي يكون احد شقيه ابيض والاخر اسود يسمى ابلق ولا يسمى الثوب الذي فيه لون السواد والبياض بهذا الاسم وكذا النجم سمي نجما لظهوره يقال نجم اي ظهر ثم لا يدل ذلك على ان كل ما يظهر يسمى نجما والقارورة سمي بها لمعنى القرار وهذا الاسم لا يطلق على غيره وان كان المعنى موجودا فيه **قوله** والتعريفات الاول اظهر فيه لحجته عن ... قال ثلاث احاديث لم يصح نقلها عن النبي صلى الله عليه احدها هذا وثانيها من سره ان ... فليشرحا وثالثها لا نكاح ... فلم يجمع

انقع

النقيع هو سفاح حاطب على ... هنا عليه **قوله** والثاني اي الحديث الثاني فاريد به بيان الحكم وهو بيان الحرمة لا بيان الحقيقة لانه عليه السلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق **قوله** وهذا الذي ذكر في الكتاب قول ابي حنيفة رحمه وهو ما ذكره في القدوري بقوله وهو عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد **قوله** لان الاسم يثبت بها يثبت هذا الاسم لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذا باعتبار صفة الاشتداد اذ هو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فاما بالغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تاثير لها في احداث صفة السكر ولان القذف بالزبد والغليان من اثار الحلاوة وما دام شيء من اثار الحلاوة باقيا كان العين الاصلي قايما فلا يثبت اسم الخمر الا اذا سكن وقذف بالزبد وتميز الصافي من الكدر لان حكم الاباحة كان ثابتا للعصير بيقين ولا يرتفع ذلك الا بيقين مثله واحكام الخمر يتعلق بها كالحد واكفار المستحل والنجاسة الغليظة ناطها بها لما في النقصان من شبهة العدم فلا يعم اثباتها بالشبهة **قوله** واحكام الشرع قطعية اي الاحكام الثابتة في الخمر قطعية **قوله** غير معلول بالسكر اي عينها حرام لا انها تكون حراما لكونه مسكرا ولهذا لا يتوقف على السكر بل قليلها منها حرام **قوله** وهذا كفر منه اي انكار حرمة عينها كفر من المنكر وانكار قليلها حرمة المسكر منه لانه جحود الكتاب قال الله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر والانصاب والازلام رجس من عمل الشيطان نقل ان عمر رضه قال يا رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر مهلكة للمال مذهبة للعقل فادع الله ان يبينها لنا فجعل يقول اللهم بين لنا في الخمر بيانا شافيا فنزل قوله تعالى يسالونك عن الخمر والميسر قل فيهما اثم كبير ومنافع للناس فامتنع منها بعض الناس وقال بعضهم بل نصيب من منافعها وندع المأثم منها فقال عمر رضه اللهم زدنا في البيان فنزل قوله تعالى لا تقربوا الصلوة وانتم سكارى فامتنع بعضهم وقال لا خير لنا فيما يمنعنا عن الصلوة وقال بعضهم بل نصيب منها في غير وقت الصلوة وقال عمر رضه زدنا في البيان فنزل قوله تعالى يا ايها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله فهل انتم منتهون فقال عمر رضه آمنا ربنا فقد اكد تحريم الخمر بوجوه فانه صدر الجملة بانما وقرن بعبادة الاصنام ومنه قول النبي صلى الله عليه وسلم شارب الخمر كعابد الوثن وجعلها من عمل الشيطان ولا يأتي منه الا الشر البحت وامر بالاجتناب وجعل الاجتناب من الفلاح واذا كان الاجتناب فلاحا كان الارتكاب خيبة وخسارا وقوله فهل انتم منتهون من ابلغ ما ينهى به كانه قال تعالى قد تلى عليكم من الزواجر الصوارف والموانع وهو وقوع التعادي والتباغض والصد عن ذكر الله وعن الصلوة فهل انتم منتهون مع هذه الصوارف ام انتم على ما كنتم عليه كان لم توعظوا ولم تزجروا **قوله** ثم هو غير معلول اي النص الوارد في الخمر غير معلول عندنا والشافعي يجعل الحرمة الثابتة في معلولة بالخمر يعدي حكمها الى غيرها من المسكرات حتى وجب شرب

قطرة من الباذق قياسا على الخمر وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة قال عليه السلام حرمت
الخمر بعينها وتعليل لتعدية الاسم فانه يثبت الخمر لساير الاشربة بمعنى المخامرة ثم يثبت حكمه في
ساير الاشربة فهذا تعليل الاسم والتعليل لتعدية الاحكام لا الاسماء لان وضع اللغة نفيا
واثبات توقيفي وهي نجسة نجاسة غليظة كالبول والدم لانها سميت رجسا بالنص القطعي **قوله**
والتقوم بشربها يعني قولنا ان الشي متقوم انه مما يجب بغاده اما بعينه او بما يتربو
هو القيمة القائمة فيكون ذلك سعادا بغيره **قوله** وهو عصبة انه اختلف ان الشرع
وامانه لانه احتفر صاحبه **قوله** على حسب اختلفوا فيه كما في بيع المتة تدخل ذلك
البيوع **قوله** والسابع حرمة الانتفاع بها كسقي الدواب والتداوي بها بالاحتقان وانواعها
في الاحليل كذا في الاوضح **قوله** الا ان حكم القتل كما نسخ بقوله عليه السلام لا يحل دم امرء
مسلم الا باحدى معان ثلاث **قوله** ما لم يسكر منه على ما قالوا قال شمس الايمة السرخسي ره
تجدمن شربه منه قليلا كان او كثيرا **قوله** لما ذكرنا وهو ما ذكر ان قليله يدعو الى ما
التمر اي الرطب انما فسر التمر بالرطب لان الشراب المتخذ من التمر اسمه نبيذ التمر لا السكر
وفيه خلاف الاوزاعي ره وفي السكر خلاف شريك بن عبد الله **قوله** ويدل عليه ما روينا من
قبل اراد به قول الخمر من هاتين الشجرتين **قوله** وارادبه التوبيخ اي ما يدوم الامتنان واراد
التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا اي تتركون وفي بعض
الفوايد وتدعون رزقا حسنا اي تسمونه فلا اثر اضمار ولا وجه ان يقال معناه و
الله اعلم تتخذون منه رزقا حسنا على زعمكم ولا اضمار فيه **قوله** وقد بينا المعنى من
قبل وهو قوله ولانه رقيق يلذ مطرب **قوله** خلافا لهما فيهما اي في البيع والضمان **قوله**
لا شبهها على ما عرف ان المسلم ممنوع عن التصرف في الحرام فلا يكون مامورا باعطا
المثل **قوله** وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة اي ما سوى الخمر والسكر
ونقيع الزبيب والطلاء وهو الباذق والمنصف لانه قال في الجامع الصغير وما سوى
ذلك بعد ما ذكر هذه الاشربة **قوله** ومن ذهب عقله اي غلب من ذهب عقله بالبنج و
لبن الرماك مروي عن ابي حنيفة ره وسفيان الثوري انه اذا علم حين شربه انه بنج
ينفذ تصرفه وان زال عقله وان لم يعلم لا ينفذ كذا في الاوضح **قوله** وعن محمد ره انه حرام
اي ما سوى ذلك من الاشربة كالمتخذة من الحنطة والشعير هاهنا لرويه ساير
والشيخ الحسن والحى ره ذكر في الفتاوى ان الفتوى على قول محمد ره كذا ذكره الامام المحبوبي
ره **قوله** وقال فيه اي في الجامع الصغير ايضا وكان ابو يوسف ره يقول ما كان من
الاشربة يبقى بعد ما يبقى عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول ابي حنيفة ره و
قوله الاول مثل قول محمد ره ان كل مسكر حرام لكنه وحده شرطه ان يفسد بعدما

التحليل **قوله** على الاختلاف الذي ذكرنا اذا غلا واشتد ويقذف بالزبد
... بعضها الا ان كان لا يشتد **قوله** وهو التي ... ٢

بلغ عشرة

٥٢

بلغ عشرة ايام فهاتان مسئلتان احديهما ان كل مسكر حرام عند محمد وابي يوسف ره اخرا ثم رجع
الى قول ابي حنيفة ره والثانية ان الاشربة ونقيع الزبيب اذا غلا واشتد حرام عندهما
وعند ابي يوسف ره كذلك ولكن شرط ان يبقى بعد عشرة ايام ولا يفسد اي لا يحمض ثم
رجع الى قولهما **قوله** ومثل ذلك مروي عن ابن عباس رض وهو ما قال كل نبيذ يفسد عند
ابانه فلا باس به وكل نبيذ يزداد جودة على الترك فلا خير فيه اراد به النبي من ماء الزبيب
والتمر انه ما دام حلوا ولم يصر عتيقا فهو بحيث يفسد عند ابانه فلا باس بشربه واذا صار
عتيقا بان غلا واشتد وقذف بالزبد وهو يزداد جودة على الترك فلا خير فيه وكذا
كان يقول ابو يوسف ره في الابتداء في المطبوخ من ماء الزبيب والتمر انه صار عتيقا لا يحل
شربه والكان بحيث يفسد اذا ترك عشرة ايام فلا باس بشربه ثم رجع الى قول ابي حنيفة ره
قوله وابو حنيفة ره يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي ذكرناه وهو الغليان والشدة
والقذف بالزبد فيما يحرم اصل شربه وهو الخمر وفيما يحرم السكر منه وهو نبيذ التمر و
الزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة يعني كما ان الخمر لا يثبت الا وان على هذا الحد من
الغليان والاشتداد والقذف بالزبد لا يثبت كون السكر من هذين النبيذين حراما
الا بثبوت هذا الحد منهما وهو الغليان والاشتداد والقذف **قوله** ولا باس بالخليطين
وهو ان يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب ويطبخ ادنى طبخة ويترك الى ان يغلي ويشتد
كذا في الاوضح **قوله** سقاني ابن عمر رض شربة فما كدت اهتدي الى اهلي ابن عمر كان مشهورا
بالزهد والفقه بين الصحابة فلا يظن به انه متى كان يسقي غيره ما لا يشرب او يشرب
كان حراما وهذا يفيد ان المتخذ من العجوة والزبيب حلال وان اشتد وصار مسكرا
لان الذي سقاه كان مشتدا الا ترى الى قوله ما كدت اهتدي الى اهلي وكان مطبوخا
لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه **قوله** محمول على حالة الشدة اي العسرة
والقحط حيث كره للاغنياء الجمع بين النعمتين بل المستحب ان ياكل احدهما ويوثر بالآخر
على جاره جايع وما روينا من الاباحة محمول على حالة السعة بين الناس حيث اباح
الجمع بين النعمتين هكذا روي عن ابراهيم النخعي ره كذا في مبسوط شيخ الاسلام ره
قوله حصل التحريم بها والمراد بيان الحكم وهو ثبوت حرمة ما يتخذ من ثمرهما فيكون
ما وراها مباح منصوص لعامة **قوله** وقد ذكرنا الوجه من قبل اشارة الى ما ذكر ان
السكران منه بمنزلة النايم ومن ذهب عقله بالبنج ولبن الرماك وهذا لان الحد
ثبت بالحديث في الخمر وهذا ليس في معناها فلو وجب الحد فيه لكان طريق القياس و
ذا لا يجوز ولان الحد شرع للزجر عن ارتكاب ما يدعو الطبع الى هذه الاشربة
لا يكون كذا عا الطبع الى المتخذ من الزبيب او العسل والتمر فلا يشرع فيه الزجر كذا في

المبسوط **قوله** والحديث الاول غير ثابت على ما بيناه يعني به قوله كل مسكر خمر على ما ذكران يحيى بن
معين قال ثلاث احاديث لم يصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر من جملته هذا الحديث
فان قيل القدح الاخير انما يصير مسكرا بما تقدمه لا بانفراده بنفسه فينبغي على هذا ان يكون كله
ما تقدم وما تأخر حراما لا ستنادا كل واحد منهما في التقوى الى الاخر **قلنا** لما وجد السكر به
القدح الاخير اضيف الحكم اليه لكونه علة معنى وحكما وهذا لان المسكر ما يتصل به السكر
بمنزلة المتخم من الطعام فان تناول الطعام بقدر ما يغذيه ويقويه عنه حلال وما يتخمه
هو الاكل فوقا للشبع حرام ثم المحرم منه ما هو المتخم ما فاد على الشبع وان كان هذا لا يكون
الا باعتبار ما تقدمه فكذلك الشراب **قوله** لان الماء يذهب ولا للطافته او يذهب منهما فلا
يكون الذاهب ثلثي ماء العنب يعني تارة يذهب الماء للطافته اولا وتارة يذهب العصير والماء
معا فلو ذهبا معا يحل شربه كما يحل شرب المثلث لانهما لما ذهبا معا كان الذاهب من العصير ايضا
ثلثين كالماء وهنا لا يجوز شربه لكن لما تبين ذهابهما معا واحتمل ذهاب الماء اولا للطافته
قلنا بحرمة شربه ايضا للاحتياط لانه اذا ذهب الماء اولا كان الذاهب اقل من ثلثي العصير
هو حرام عندنا على ما مر وهو الباذق **قوله** فلا يكون الذاهب ثلثي ماء العنب اي على القطع
والبتات **قوله** في حديث فيه طول وهو ما روى عنه عليه السلام انما كنت نهيتكم عن ثلث عن زيارة
القبور فزوروها فقد اذن لمحمد في زيارة قبر امه ولا تقولوا هجرا وعن لحوم الاضاحي
ان تمسكوه فوق ثلثة ايام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع موسركم على معسركم
وعن النبيذ في الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا في كل ظرف فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه
قوله وكذا الصالح للمصالح لم وهو الخل مباح **قوله** والاقتراب لا قتنام الفساد اي بطلان
صفة الخمرية وكذا نظرا لاقتراب الاراقة وهو جواب عن قول الشافعي ان في التخليل
اقترابا **فان قيل** هي لجنس العين فيحرم التصرف فيها قياسا على الميتة والدم والبول
قلنا ليس كذلك فانها ذات العصير وهو طاهر يقبل النجس والنجاسة باعتبار الشدة
وما هي بعينها بل هو وصفها وهو يقبل الزوال كالصبي في الصبي واما قوله عليه السلام لا
تخذوا الخمر خلا فمعناه لا تستعملوا الخمر استعمال الخل اي لا تضعوها على الموائد كما توضع
الخل **قوله** والتخليل اولى بان يكون مباحا من الاراقة اذ في الاراقة ابطال المفسد
وفي التخليل احراز المال المعصية مع ابطال المفسد فيختار ه اي فيختار التخليل على
الاراقة **قوله** كما في الكلب والميتة اي لا يحل الميتة الى الكلب مع ما يوفي بالكلب اليها **قوله** لما
قلنا اشارة الى قوله كما في الكلب والميتة ويكره اكل خبز عجن عجينه بالخمر لقيام اجزاء
الخمر فيه والعجين النجس لا يطهر بالخبز ولا يحل اكله **فصل** في طبخ العصير الاصل
بان ما ذهب بغليانه بالنار اي ما يخرجه من القدر من شدة غليانه وتقذفه بالزبد

ذهابا
يجعل كان لم يكن الذاهب في تكميل الشراب وهو محمي **قوله** ففي الوجه الاول وهو ما اذا كان الماء اسرع
بالطبخ حتى يبقى تسع الكل وهو ثلاثة وثلث لانه ثلث العصير وفي الوجه الثاني وهو الذي ذهب
الماء والعصير معا يجب ان يطبخ حتى يذهب ثلثاه عشرون ويبقى ثلثه عشرة لانه يذهب بالغليان
ثلثا العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهذا وما لو صب الماء في العصير بعدما
طبخه حتى يذهب ثلثاه سواء **قوله** بيانه عشرة ارطال العصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثه
ارطال يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلاثة وثلث فيصير ربما بقي الى الخر وذلك لان الرطل الذي
ذهب بالطبخ ليس بذاهب حقيقة بل هو قائم ولكن يداخل اجزاءه في اجزاء الباقي فيراجع
اجزاء الرطل الى اجزاء الباقية وهو تسعة ارطال فيكون مع كل رطل تسع رطل فاذا انصب
منه ثلاثة ارطال وثلثه اتساع رطل فيكون الباقي ستة ارطال وستة اتساع رطل ولو كان هكذا
حقيقة ليس له يطبخ حتى يبقى رطلان وتسعا رطل كذا هنا **قوله** ولها طريق اخر وهو ان الذي
ذهب بالطبخ ذاهب من الحرام لانه انما يطبخ ليذهب حرامه ويبقى حلاله فثلثا عشرة ارطال
حرام وهو ستة ارطال وثلثا رطل فاذا اريق ثلثه فهذا من الحلال والحرام جميعا لانه لا تعلق
الذاهب حسا بالحلال او الحرام فكان الذاهب منهما على السواء فذهب من الحلال ثلثه وهو
رطل وتسع رطل فيبقى ثلثاه رطلان وتسعا رطل ان اردت زيادة الانكشاف فاجعل
كل رطل تسعة لحاجتنا الى حساب له ثلث وثلثه ثلث فصار ارطال الحلال ثلثين منها وقد
اريق ثلثه وهو عشرة فبقي عشرون وهو رطلان وتسعا والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد في اللغة الاصطياد وقد يسمى المصيد صيدا تسمية بالمصدر يجمع اذا على صيود الاصطياد
مباح لغير المحرم في غير الحرم بالكتاب والسنة واجماع الامة اما الكتاب فقوله تعالى واذا
حللتم فاصطادوا امر بالاصطياد وادنى الدرجات الاباحة والسنة قوله عليه السلام الصيد
لمن اخذ ففي هذا بيان ان الاصطياد مباح مشروع لان الملك حكم مشروع نسببه يكون
مشروعا وسوى ان كان الصيد ماكول اللحم او غير ماكول اللحم لما في اصطياده من تحصيل
منفعة جلده او دفع اذاه عن الناس **قوله** وانتفاع بما هو مخلوق لذلك اي بالصيد
الذي هو مخلوق للانتفاع **قوله** ويكره من اقامة التكاليف كان ينبغي ان يكون واجبا كوجوب
التكاليف لكون كونه غير منقطع اوجب الاباحة بخلاف الخروج من الصلوة فانه متعين وسيلة
لاقامة فرض اخر فكان واجبا **قوله** ما يجوز به الكتاب اي كتابا فلا اصطياد واخذهما بالصيد
بالجوارح كالكلاب والفهود والصقور والبزاة **فصل** في الجوارح اعلم ان حل التناول
بالاصطياد مختص بشرائط منها ان يكون الصائد من اهل الزكوة مذابان يعقل الذبح والتسمية
حتى لا يحل صيد الصبي والمجنون اذا لم يعقل الذبح والتسمية وان يكون مسلما او كتابيا
واعتقادا كالمسلم او دعوى لا اعتقادا كالكتابي كما مر في الذبائح وان يكون ما يصاد به معلما

ثم انصب ثلثة ارطال
كتاب الصيد
فصل
فصل

مانيكون جارحا لقوله تعـ وما علمتم من الجوارح قوله وسائر الجوارح المعلمة كالفهد والصقر
الشاهين قوله فلا باس بصيده اما ذكر بلفظ لا باس لان قوله تعـ وما علمتم من الجوارح قد
خص منه البعض كالدب والخنزير وغير ذلك والنص اذا خص منه البعض يكون الباقي
دون خبر الواحد فيكون ظنيا فيكون فيه الشبهة فلذا قال لا باس قوله ولا خير فيما سوى
ذلك لان فيه ابت ذكرته فيه كبيرة اذا اخذ كلب غير معلم صيدا فلا خير فيه اذا تذكر الا
ان يدرك ذكوته قوله والاصل فيه قوله تعـ وما علمتم من الجوارح اي وصيد ما علمتم من
الجوارح وهو عطف على الطيبات اي احل لكم الطيبات وصيد ما علمتم من الجوارح
في معنى الجوارح قولان احدهما ان يكون جارحا حقيقة بنابه ومخلبه فيكون من الجرح
بمعنى الجراحة والثاني الكواسب كقوله تعـ ويعلم ما جرحتم بالنهار اي كسبتم ويمكن حمله عليهما
فيشترط ان يكون من الكواسب التي يجرح ليحل بالجرح بيقين والمكلب مؤدب الكلاب في محلها
ثم عم في كل من ادب جارحة بهيمة كانت او طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين اياها الصيد
اي الارسال لصاحبها تعلمونهن اي تؤدبونهن بطلب الصيد وتعلمونهن حال ثانية او
استيناف مما علمكم الله من علم التكليب قوله لانهما لا يعلمان لغيرهما وفي الايضاح اما
عدم جواز الاصطياد بالاسد والدب فلعدم تصور تعليمهما لان من عادتهما ان
تمسكا صيدهما فلا ياكلاه في الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل ولو تصور التعلم
منهما جاز واما الخنزير فلا يجوز الاصطياد به لانه نجس العين فكان الانتفاع به حراما
قوله لان ما تلونا من النص باشتراط التعلم وهو قوله تعـ وما علمتم من الجوارح والحديث
م اي التعلم بالارسال وهو حديث عدي بن حاتم اذا ارسلت كلبك المعلم قوله والبازي
متوحش متنفر فكان الاجابة اية تعلم اما الكلب فهو الوف يعتاد الانتهاب فكان اية
تعليمه بترك ما الوفه وهو الاكل ولا يستلاب هذا الفرق لا ياتي في الفهد والنمر فانه
متوحش كالبازي ثم الحكم فيه وفي الكلب سواء فالمعتمد هو الاول كذا في المبسوط قوله
ثم شرط ترك الاكل ثلاثا وهذا عندهما وهو رواية عن ابي حنيفة ره لكن في هذه
الرواية عن ابي حنيفة ره وبين قولهما فرق في قولهما انما يصير معلما اذا صاد ثلاثا ولم ياكل
منه فيحل الرابع وعلى قول ابي حنيفة ره على تلك الرواية يؤكل الصيد الثالث على ما
يجي في الكتاب قوله وفي بعض قصص الاخبار في المبسوط يقدر فيها ذلك بالثلاث
لانه حسن فيه الاختبار والاصل فيه قصة موسى مع معلمه حيث قال في الثالثة هذا
فراق بيني وبينك وكذا الشرع قدر مدة الخيار ثلاثة ايام للاختبار وقال عليه السلام
اذا استاذن احدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رض اذا لم يربح احدكم في
التجارة ثلث مرات فليتحول الى غيرها قوله كما هو اصله وخبيئها اي اصل ابي حنيفة ره في جنس

المقادير

المقادير نحو حبس الحريم وهذا التقادم وتقريرها علت في نزح ماء البئر المعتبرة قوله وله انه آخر
تعليمه عنده اي ان ترك الاكل علامة تعليمه عند الثالث لانه انما يحكم بكونه معلما بطريق تعيان
امساكه الثالث على صاحبه فاذا حكمنا انه ممسك وقد اخذ بعبارة الصاحب فيحل كذا في
المبسوط قوله او ما يشرابه اثر المعلم بترك صفة التعلم في البازي اكتفاء كما في قوله تعـ
وبث منهما رجالا كثيرا ونساء اي نساء كثيرة قوله بانتسابها وهو من الالة الى ما هو الجرح
ينسب ذلك الى الصائد بسبب استعماله الالة ايا فيتحقق الذكوة الاضطراري قوله وظاهر قوله تعـ
وما علمتم من الجوارح ما يشير الى اشتراط الجرح اذ هو من الجرح بمعنى الجراحة في تاويل اي في
تاويل سوى التاويل الاول الذي ذكر قبل هذا الصفحة بقوله والجوارح الكواسب في تاويل قوله
ولا تنافي اي بين التاويلين وفيه اخذ باليقين اي في الجمع بينهما اخذ باليقين وذلك لان
النص اذا ورد فيه اختلاف المعاني فان كان فيهما تناف فيثبت احدهما بدليل يوجب ترجيحه
وان لم يكن بينهما تناف يثبت الجميع اخذا باليقين كذا ذكره فخر الاسلام في الحيض في قوله
تعـ ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن قيل اريد به الحبل وقيل الحيض و
الصحيح انهما مرادان لا لانه لا تنافي بينهما فكذا هنا لا تنافي بين الكسب والجراحة قوله و
جواب ما قلنا اراد به قوله ولا تنافي وفيه اخذ باليقين قوله كما بيناها في الابتداء اراد
به قوله وتعليم الكلب ان يترك الاكل ثلاث مرات الى ان قال وهذا عندهما وهو رواية
عن ابي حنيفة ره الى ان قال وعلى الرواية الاولى يحل ما اصطاده ثالثا الى اخره قوله اما
الصيود التي اخذها من قبل مما اكل منها لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية لان الحكم بالحرمة
لا يتصور الا في محل قائم وبعد فوات المحل بالاكل قوله ولما اما باع المالك جاز فيه من صححه
فلا شك ان على قولهما لا ينقض البيع فيه واما على قول ابي حنيفة ره ينبغي ان ينقض
البيع اذا تصادق البائع والمشتري على كون الكلب جاهلا قوله بان كان في المفازة بعد
يعني باخذ الصائد الحاصلان على قولهما يحكم بجهله مقصورا على وقت الاكل وعند
ابي حنيفة ره مستندا قوله امضى الحكم فيه بالاجتهاد يعني انا انما حكمنا باباحة المحرز من
الصيود بالاجتهاد ولو نقض ينقض بالاجتهاد ولان الاكل ايضا يحتمل ان يكون عن جهل في
الاصل ويحتمل ان يكون لشدة الجوع او لانه نسي الان والاصل ان ما مضى بالاجتهاد
لا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل الان ولكن يعمل به في المستقبل كما في سائر
المجتهدات بخلاف ما لم يحرزه لان الاباحة غير محكوم بها بعد من كل وجه لانا انما نحكم
بها اذا خرج من الصيد من كل وجه ولم يبق من معناها باق فيه وهو ما في المفازة بعد
او بقول اباحة الكل انما تثبت وقت الاكل لعدم الحاجة قبل ذلك والوقت الاكل بعد لم يوجد
لان غير المحرز لا يوكل قوله فانه يقال الصيد اسم لمتوحش المتنفر ولم يبق هذا المعنى

Copyright © King Saud University

يعني قلنا بقي ما يلازمه وهو عدم الاحراز على انا نقول التنفر والتوحش ليس بلازم للصيد فان
البعض صيد باعتبار ما كان مع انعدام هذا المعنى فيه فلا يكون هذا صيدا باعتبار ما كان له في الطريق
الاول قوله ويتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لانه بالاكل يتقرر ان حكم الاباحة في الحرز
انما يثبت عند الاكل لانها مبنية على كون الكلب معلما وذلك ثابت بالاجتهاد على ما قالا
فكان وهما واحتمالا والموهوم يعتبر عند الضرورة وذلك عند الاكل فلم يكن الاباحة
ثابتة قبله فلو اعتبر هذا الاجتهاد لا يؤدي الى ابطال حكم مضى بالاجتهاد باجتهاد مثله
بل بعد تمام المنع فصار كظهور راجح تبدل اجتهاده ذا خبر للقاضي قبل القضاء قوله ولعل صاحب هذا
فر من يد صاحبه فمكث حينا اي زمانا فلم يجيء ثم صاد ثم عاد الى صاحبه فصار لا يؤكل
صيده وما صاده قبل الرجوع الى صاحبه فلا شبهة في انه لا يؤكل لعدم الارسال قوله
لانه لم يبق صيدا لان الصيد اسم لمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالفعل وذلك
عدم احرازه بالاحراز ليلحق بسائر الاطعمة وكل من سائر الاطعمة لا يحل الا ... فكذا ههنا
كذلك قوله بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل ان يحرزه المالك لانه بقيت فيه جهة الصيدية
الحاجة باعتبار عدم الاحراز قوله اما اذا وقع في يده ولم يتمكن من ذبحه اما لفقد الالة
او لضيق الوقت وفقد الالة ان لا يجد الالة اصلا وضيق الوقت ان يكون الالة موجودة
الا انه لا يبقى من الوقت ما يتمكن فيه من الاستعمال بتحصيل الالة والاستعداد للذبح
قوله وجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه ثبت يده على المذبح يعني ان حكم القدرة على
الاصل يدار على الوقوع في يده حيا لتعذر الوقوف على حقيقة القدرة والعجز لتفاوت
احوال الناس في الهداية في امر الذبح وعدمها ولهذا قلنا ان الحمل اذا سقط وضاق
الوقت عن الذبح في المذبح فجرحه في غير المذبح حتى مات لا يحل لوجود ما يقوم مقام
القدرة على ذكاة الاختيار وهو حصوله في يده حيا قوله والمتيقن ليس بذبح اي
ليس بمحل الذبح لان ما بقي اضطراب المذبوح لا الحيوة المعتبرة قوله وفصل بعضهم فيه
تفصيلا وهو انه اذا لم يتمكن لفقد الالة لم يؤكل لان التقصير من قبله حيث لم يحمل
الة الذكاة مع نفسه وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا وقال الحسن بن زياد و
محمد بن مقاتل انه يحل استحسانا وهو قول الشافعي رح لانه لم يقدر على الاصل لضيق
الوقت فيبقى ذكاة الاضطرار موجبة للحل باستحسان وبه اخذ القاضي فخر الدين
خان رح قوله بعد الى المتردية اي قياسا عليه واعتبارا به والمتردية التي تقع في
البئر وسقط من الجبل ونحوه والجامع عدم تيسر الذكاة الاضطرارية والاختيارية
وذلك في المتردية ظاهر وكذلك فيما نحن فيه لانه لما وقع في يده حيا بطل ذكاة الاضطرار
ولم يوجد ذكاة الاختيارية فصار نظير المتردية فلا يؤكل قوله فلو انه ذكاه حل

الحل

الحل عند ابي حنيفة رح هذا ليس لبيان الاجماع لانه اذا كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة وقعت
موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاة الذبح وقد وجد
وعندهما حل بلا ذبح قوله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة الى اخره اي تحل عند
ابي حنيفة رح بالذكاة وعليه الفتوى اي على قول ابي حنيفة رح لقوله تعالى الا ما ذكيتم استثناء
مطلقا من غير فصل بين ان يكون المذبوح فيه حيوة خفية او بينة قوله على ما قررنا
اراد به قوله لان ما بقي اضطراب المذبوح قوله ولو ادركه لم ياخذ المسائل المتقدمة
فيما ادركه واخذه قوله وان كان فيه حيوة مستقرة فعند ابي حنيفة رح ذكاة الذبح على
ما ذكرناه وهو قوله لانه وقع في يده حيا قوله لان مقصوده حصول الصيد اذ لا
يقدر على الوفاء به اي لا يقدر الكلب على الوفاء به باخذ الصيد اذ لا يمكنه تعليمه على
نحو يا خذنا عنه فسقط اعتباره لان ما لا يدخل تحت القدرة سقط اعتباره كما قلنا
في البازي انه سقط اعتبار ترك الاكل لاستحالة تعليمه ولانا لو جاز ان يكون مقصوده
العابث لانا نقول لو كان المقصود العابث كان باعتبار انه صيد لا باعتبار انه هو قوله لان
الذبح يقع بالارسال على ما بيناه اي في اوائل كتاب الذبائح حيث عرف الصيد بشرط عند
الارسال والرمي قوله بخلاف ذبح الشاتين اي على التعاقب فتسمية ولعدة قوله ف
كذا الكلب اذا اعتاد عادة اي عادة الفهد بخلاف ما تقدم وهو قوله فيمكن حتى يستمكن
قوله ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء الى اخره من عادة البازي انه يقع
على شيء وينظر الى الصيد لياتيه من الجانب الذي يتمكن اخذه فهو بمنزلة تكمين الفهد
فلا ينقطع به فور الارسال قوله فيغلب جهة الحرمة نصا لا بالنص وهو قوله عليه
السلام ما اجتمع الحلال والحرام في شيء الا وقد غلب الحرام الحلال او احتياطا لان الحرام
واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط في الترك قوله ولو رده عليه
الكلب الثاني اي لو رد الكلب الثاني الصيد على الكلب الاول يعني اذا كان الصيد يفر من
الكلب الاول فاستقبله كلب اخر غير معلم فيرده حتى اخذ الكلب الاول يكره اكله وقد
كراهة تنزيه وقيل كراهة تحريم وهو اختيار شمس الائمة الحلواني فالحاصل ان ههنا
ثلثة فصول في الاول الحرمة وهو فيما اذا شارك الكلب المعلم كلب غير المعلم في الاخذ
والجرح بل يرد الصيد اليه حتى اخذه الاول فلما تفرد الاول بالاخذ والجرح غلب جانب
الحل فاوجب اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة لعدم المشاركة في الاخذ والجرح
وفي الثالث الاباحة وهي فيما اذا ازداد اشتداد الاول بسبب غير المعلم ولم يوجد الحرمة
ولا الكراهة لعدم مشاركته واعانته في الصيد لكان اثر فعله في الكلب لا في الصيد
فلم يوجب الكراهة في الصيد لذلك قوله كما في نسخ الاي فان نسخ الحكم انما يكون

Copyright © King Saud University

بالمحكم ولا يجوز نسخ المحكم بالمحتمل **قوله** ولهذا لم يثبت شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل
يعني اذا ارسل المسلم فزجر المجوسي لم يثبت شبهة الحرمة فاولى ان لا يثبت به الحل فيما اذا
زجره المسلم بعد ارسال المجوسي لان الحرمة اسرع ثبوتا لان مبناها على الاحتياط فلما
لم يوثر فيما هو اسرع ثبوتا فلان لا يوثر فيما هو ابطا ثبوتا وهو الحل اولى **قوله** لان الزجر
مثل الانفلات من حيث ان كل واحد منهما غير مشروط في حل الصيد بخلاف الارسال
والقياس ان لا يحل زجر المسلم لان زجره ليس بارسال وبدون الارسال لا يحل لانه
شرط وجه الاستحسان انه لما انزجر بزجره جعل ذلك بمنزلة ابتداء الارسال **فان قيل**
الزجر بناء على الانفلات فكان الزجر دون الانفلات والشيء لا يرتفع بما هو دونه
كما في الارسال والزجر **قلنا** الزجر مثل الانفلات لانه اذا كان فوقه بحسب السبق وهو
دونه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا اما الارسال فهو سابق وفعل
المكلف والزجر لاحق واذا كان فعل المكلف وكان صعبه فلا يرتفع به **قوله** فقتله الا
اكله لما بينا اشارة الى قوله لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم
فجعل عفوا **قوله** بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية
بجرح الكلب الاول حيث لا يحل اكله لان الصيد بعد ما خرج عن الصيدية كانت ذكوته
بعد ذلك بالذبح في المذبح فجرح الكلب في غير ذلك موجب للحرمة ولما اجتمع في الموجب للحرمة
والموجب للحل يغلب الموجب للحرمة وكذلك الحكم الذي على التفصيل على ما يجيء ان شاء
الله تعالى والله اعلم **فصل** في الرمي ومن سمع حسا اي صوتا خفيا ظنه صيدا
اي ظن ان المسموع حس صيد فرمى فاصاب صيدا اي غير الذي سمع صوته لان النكرة
اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير الاول ثم تبين انه حس صيد اي تبين ان المسموع
حس صيد يحتاج في اكله الى الذبح او الجرح ويحترز بهذا الصيد اذا ظنه طير الماء
فظهر انه سمكة او صيدا فظهر انه جراد لم يوكل المصاب في رواية ويوكل في الاخرى
قوله اي صيد اي كان المسموع حسه اي صيد كان يوكل لحمه ام لا **قوله** وعن ابي يوسف
انه خص من ذلك الخنزير لان الحس حس خنزير لا يحل تناول ما اصابه من الصيد
بخلاف سائر السباع لان فعله في سائر السباع يوثر في طهارة الجلد فجاز ان يوثر
في اباحة لحم ما اصاب **قوله** والظبي الموثق بمنزلته اي بمنزلة الاهلي لما بينا اي لانه
ليس باصطياد **قوله** لانه لا معتبر بظنه مع تعينه وهذا بخلاف ما اذا اصاب سهم صيدا
والمسموع حس انسان وقد ظنه صيدا حيث لا يحل المصاب لانه رمى هنا فوقع الى
المسموع حسه وهو ليس بصيد فلم يكن فعله اصطيادا وفيما اذا اصاب المسموع نفسه
حسه وانه صيد فقد توجه رميه اليه ووقع فعله اصطيادا ولم يعتبر ظنه انه انسان مع

تعينه

تعينه للرمي **قوله** التحامل الى المنية اي انما يكلفه على مشقة واعيا يقال تحاملت في المشي
ومنه تحامل الصيد ويطير اي تكلف الطيران والتحامل ايضا الظلم يقال تحاملت على فلان اذا لم يعدله
الا ان الاول الحمل نفسه على تكلف المشي والثاني حمل الظلم على الاخر **قوله** الا انا اسقطنا اعتباره ما
دام في طلبه ضرورة ان لا يقوى الاصطياد عنه **فان قيل** يكون في اسقاط هذا اعتبار تخصيص
العلة اذ العلة منصوصة وهو قوله عليه السلام كل ما هوام الارض قتلته وتخصيص العلة لا يجوز
قلنا ليس هنا تخصيص العلة بل هذا تخصيص النص واستحسان لانا نقول العلة انما يكون علة
عند تعريه عن الحرج العظيم وفي اعتباره حرج عظيم فلا يكون العلة متحققة فلا يكون تخصيص
العلة **قوله** بخلاف وهم الهوام فان احتمال قتل الهوام لازم في كل الصيد فيجب ما بين الصا
فسقط اعتبار ذلك ما دام في طلبه كيلا ينسد باب الاصطياد لانه لا يعري الاصطياد عنه عادة
بخلاف ما اذا وجد به جراحة سوى السهم حيث لا يحل لاحتمال الموت بها وهذا الاحتمال ليس
بلازم في كل ما تغيب عن العين فلا يسقط عبرته **قوله** واذا رمى صيدا فوقع في الماء او على
السطح او جبل ثم تردى منه الى الارض لم يوكل هذا اذا لم يقع الجرح مهلكا في الحال اما اذا وقع
الجرح مهلكا والحيوة التي بقيت في الصيد مثل الحيوة في المذبوح بعد الذبح فوقع في الماء
او على سطح او على الجبل ثم تردى منه الى الارض لم يوكل على ما قال في هذا الفصل ولهذا لو وقع في
الماء وبه هذا القدر من الحيوة او تردى من جبل او سطح لا يحرم وانما قيد بقوله ثم تردى
منه الى الارض لانه اذا وقع على الجبل ابتداء او على السطح فاستوى عليه ولم يترد يوكل وفي
الذخيرة اذا اصاب السهم الصيد فوقع على السطح ثم على الارض من الهواء ومات فانه يوكل
استحسانا ولو وقع على السطح ثم على الارض فانه يوكل لان هذا مستويه **قوله** وحمل شمس
الائمة ما ذكر في المنتقى على ما اصابه حد الصخرة فانشق بطنه بذلك فهذا سبب قوي
سوى الذكاة وحمل المروي في الاصل على انه لم يصبه من الاجر الا ما يصيبه من الارض لو
وقع عليها وذلك عفو وليست هنا باختلاف الرواية في الصحيح **قوله** المعراض السهم بلا
ريش يمضي عرضا فيصيب بعرضه لا بحده كذا في المغرب وفيه ايضا البندقة طينة مدورة يرمى
بها ويقال لها الجلاهق خزق المعراض اي نفذ بالراء المهملة تصحيف ومنه كالجواهر اذا
لم يخزق اي المعراض اذا لم يخزق لا يوكل فكذا في البندقة والمروة حجر ابيض دقيق كالسكين
يذبح فذبح به **قوله** اللهم اذا كان لحمه يفضح اللهم كلمة يوتى بها قبل الاستثناء اذا
كان المستثنى عزيزا نادرا فكان قصدهم بذلك الاستظهار بمشية الله في اثبات كونه
ووجوده ايماء الى انه يعني من الندرة حد الشذوذ **قوله** ولو ذبح شاة لم يسل منه دم
قيل لا يحل وهو قول ابي القاسم الصفار لانعدام معنى الذكوة وهو تسييل الدم النجس
وفي القتا النبي صلى الله عليه وسلم ما انهر الدم وافرى الاوداج فكل وقيل يحل وهو قول ابي بكر

Copyright © King Saud University

الاسكاف وكان يقول لا باس بأكله بوجود فعل الذكوة على ما قال عليه السلم الذكوة ما بين اللبة واللحيين
وقد يجتنس بعض اللحم في العروق فجانس جنسه كما اذا اكلت الشاة العناب فخرج ذلك عين موجب
للحرمة بالاتفاق فهذا مثله كذا في المبسوط وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه اي يؤيد قول الائمة
الصغار على ما ذكرنا **قوله** اكل الصيد لما بينا ان الرمي مع الجرح مبيح فلما قطع العضو كان الجرح
موجود الاباحة فيحل **قوله** وقال الشافعي رح اكل ان مات الصيد منه فيه لانه لو لم يمت
من القطع الذي حصل به الابانة واحتيج الى ذكوة اخرى فان الجان للحل **قوله** ولا تعتبر
زوالها اي لا يعتبر التبعية بالانفصال **قوله** بالحديث الذي روينا وهو احلت لنا ميتتان
ودمان **قوله** وتاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني فان علم انه مات من الاول فهو
للاول وعلى الثاني ضمان ما نقصته جراحته لان الاول قد اصطاده والفعل من الثاني نقص
ملك الاول فيضمن **قوله** واما الثالث فلانه بالرمية الاولى صار بمنزلة شاة مملوكة لا تحل
بذكاة الاضطراري اي لا يحل بذكاة الاختياري لان الثاني لان الاول لما اثخنه واخرجه
من حيز الامتناع صار بمنزلة شاة مملوكة لا تحل بذكاة الاضطراري وتحل بذكاة الاختياري
ولم يكن فعل الثاني هو الرمي الثاني فسد عليه نصف اللحم فيضمنه **فان قيل** لم لا يجب
ضمان نصف اللحم في ضمان نصف قيمته فان من اتلف شاة غيره يضمن قيمتها ولا يضمن
لحمها ثانيا **قلنا** لما فات الصيد يضمن نصف قيمة الصيد منقوصا بالجراحتين لانه يكون
متلفا لان احدهما بفعل الغير والاخرى ضمنها مرة ثم انما يضمن نصف لحم النصف الاخير الذي
ضمنه مرة لان كل الصيد كان منتفعا في حق صاحبه بواسطة الذكوة والثاني برا جرحه
عن ان يكون منتفعا به في حقه فعلم انه تكرر الضمان لا يكون بازاء محل واحد بخلاف
المستشهد به وان لم يعلم باي الجراحتين مات فهو كما لو علم بانه مات منهما لان كل واحد من
الجراحتين سبب للقتل ظاهرا فيضاف اليهما **قوله** والحوالة في حكم الاباحة لا في حكم الضمان
لان الانسان لا يضمن بفعل نفسه والله اعلم

كتاب الرهن

يقال رهنت
الرجل الشيء ورهنته عنده وارهنته لغة ورهنته صبيحتي فادهنها مني اي اخذها رهنا
والرهن المرهون تسمية بالمصدر والجمع رهون ورهان ورهن وقرئ بهما والرهين
والرهينة الرهن ايضا والتركيب دال على الثبات والدوام وهو في اللغة حبس الشيء بحق
اي شيء كان باي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محبوسة بوبال ما اكتسبت
من المعاصي وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون
حتى لا يصح الرهن الا بدين واجب ظاهرا وباطنا او ظاهرا فاما بدين معدوم فلا لانه اذ
حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب **قوله** اشترى من يهودي طعاما ورهنه
بها درعه اي بقيمتها وروي انه رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي ودرعه مرهون عند يهودي

لوسق

لوسق من شعير ثم المشايخ رح استخرجوا من الحديث احكاما فقالوا فيه دليل على جواز الرهن في
كل ما هو مال متقوم يكون معدا للطاعة وما لا يكون معدا له في ذلك سواء فان درعه عليه
السلام كان معدا للجهاد به فيكون دليلا على جواز رهن المصحف خلافا لما يقوله المتقشفة ان
ما يكون معدا للطاعة وما لا يكون لا يجوز رهنه لانه في صورة حبسه عن الطاعة وفيه دليل
على ان الرهن جائز في الحضر والسفر بظاهر قوله تعم وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهان
مقبوضة والتعلق بالشرط يقتضي الفصل بين الوجود والعدم ولكنا نقول ليس المراد به الشرط
حقيقة بل ذكر ما يعتاد الناس في معاملاتهم فانهم في الغالب يعدلون الى الرهن عند تعذر
التوثق بالكتابة والشهود والغالب ان ذلك في السفر والمعاملة الظاهرة من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بالرهن في الحضر والسفر دليل جوازه بكل حال وفيه
دليل على ان المرتهن يكون احق بالرهن حال حيوة الراهن وبعد وفاته لانه عليه السلم مات
ودرعه مرهونة ولو لم يكن المرتهن احق بامساك الرهن بعد الوفاة لم يكن درع رسول
الله صلى الله عليه وسلم مرهونة وفيه دليل على انه لا باس بان يرهن المسلم شيئا للذمي
بدين عليه وفيه دليل على انه لا باس للامام والقاضي ان يباشر البيع والشرى بنفسه في
غير مجلس القضاء خلافا لما يقوله الشافعي رح وفيه دليل على انه لا باس بان يشتري الانسان
بنسيئة وان كان يمكنه الشراء بالنقد فانه عليه السلم اشترى بالنسيئة وكان يمكنه الشرى بالنقد
بان يبيع درعه ثم يشتري طعاما مما يعتقد خلافا لما يقوله بعض المتقشفة فانهم قالوا يكره
للانسان الشرى بالنسيئة اذا كان قادرا على الشرى بالنقد ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء
فصار كالوثيقة في جانب الوجوب وهي الكفالة وكذا الحوالة فانهما يختصان بالذمة التي
هي محل الوجوب لان الذمة مضمومة الى الذمة في المطالبة او يحول الدين من ذمة الى ذمة اخرى
من الاداء والرهن عقد وثيقة بالمال فيحل الاستيفاء الدين منه **قوله** قالوا الركن الايجاب
بمجرده لانه عقد تبرع اذ الراهن لم يستوجب بمقابلة الرهن من المرتهن شيئا على المرتهن فيتم
بالمتبرع كالهبة والصدقة واختلفوا في القبول قال بعضهم اشترط وظاهر ما ذكرنا في المحيط
يشير الى ذلك فانه قال في الايمان الاجارة بدون القبول ليست باجارة وكذا الرهن حتى
يحنث من حلف لا يواجر ولا يرهن بدون القبول وهكذا ذكر في المنتقى واما القبض فشرط
اللزوم وقال بعض اصحابنا هو شرط الجواز وقال مالك رحمه الله يلزم الرهن بالايجاب والقبول
لانه عقد يختص بالمال من الجانبين فاشبه البيع ولانه عقد وثيقة بالدين بمنزلة الكفالة
والحوالة فانهما يلزمان بالقبول والخلاف معهم بناء على الخلاف في الهبة والصدقة **قوله** ولنا ما تلونا
وهو قوله تعالى فرهان مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر
كقوله تعالى فتحرير رقبة فكان هذا امر الرهن بهذه الصفة فيقتضي جوازه

Copyright © King Saud University

بدمله هذه الصفقة ثم في تسمية الرهان بالمصدر نظر لان الرهان جمع رهن كالنعل والنعال
وقوله مقبوضة بالتانيث على انه جمع وليس بمصدر وانما قال والمصدر المقرون للذي تقيد به
والله اعلم فرهن رهان مقبوضة ووصفها بانها مقبوضة باعتبار المال قوله كما في الوصية
كانه اراد بالوصية بالتبرع او هو تصحيف الهبة او يكون المراد من امضاء وصية الموت من
غير رجوع عنها فانه اذا مات بلا عن رجوع فكانه امضى الوصية من هذا الوجه قوله ثم
يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية وهي عبارة عن رفع الموانع عن القبض قوله يجب
الضمان ابتداء اراد بابتداء الضمان ان لا يكون مضمونا قبل العقد والرهن في بدل الرهن
لم يكن مضمونا على الراهن حتى يكون الرهن نقلا للضمان فكان وجوب الضمان على المرتهن
ابتداء كما في الغصب قوله بمنزلة الغصب يعني كما ان المغصوب لا يصير مضمونا بالتخلية بدون
النقل فكذلك المرهون قوله بخلاف الشراء لانه ناقل الضمان فان المبيع قبل التسليم الى
المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن فانتقل المبيع منه الى المشتري بذلك الضمان على
المشتري بالتسليم اليه فلم يكن مضمونا ابتداء قوله والاول اصح لان حقيقة الاستيفاء
يثبت بالتخلية والقبض الموجب لهذا الاستيفاء يثبت بالتخلية فاذا قبضه المرتهن
محوزا مفرغا متميزا تم العقد فيه قوله محوزا اي مقسوما وهو احتراز عن رهن
المشاع فانه لا يجوز عندنا وقوله مفرغا اي عن ملك الراهن وهو احتراز عن رهن دار
فيها متاع الراهن وقوله متميزا اي لم يكن الرهن متصلا بغيره اتصال خلقة كالرهن الثمر
على راس النخل دون النخل والشجر بدون الثمر لان المرهون متصل بغير المرهون خلقة فصار كالشائع اذ
المقصود لا يحصل بهذا اي قبل القبض لان الرهن استيفاء الدين حكما والاستيفاء حقيقة
لا يكون بدون القبض فكذا الاستيفاء حكما ولان المقصود اضجار الراهن ليسارع الى قضاء
الدين وانما يحصل هذا المقصود بدوام يد المرتهن عليه وذلك انما يكون بالقبض قال و
معناه اي قال الشافعي رح ومعنى قوله عليه السلام لا يغلق الرهن لا يصير مضمونا بالدين وقوله
غنمه اي زوائده يكون له وعليه غرمه اي لو هلك يهلك على الراهن قوله ذهب حقك
لا يجوز ان يراد به ذهب حقك في الحبس لان هذا مما لا يشكل قوله معناه على ما قالوا
اذا اشتبهت قيمة الرهن بعدما هلك بان قال الراهن لا ادري كم كانت قيمته وقال
المرتهن كذلك فهو عما فيه من الدين قوله واجماع الصحابة والتابعين على ان الرهن
مضمون مع اختلافهم في كيفيته فقال ابو بكر وعلي رض هو مضمون بالقيمة وقال عمر وابن
مسعود رض مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين وقال ابن عباس رض هو مضمون بالدين
قلت قيمته او كثرت وهو قول شريح فالقول بالامانة خرق للاجماع ولم نجد احدا من اهل
اللغة قوله عليه السلام لا يغلق الرهن نفي الضمان عن المرتهن وذكر الكرخي عن السلف

كطاووس

كطاووس وابراهيم وغيرهما انهم اتفقوا على ان المراد لا يحبس الرهن عند المرتهن احتباسا لا يمكن
فكاكه بان يصير مملوكا للمرتهن والدليل عليه ما روي عن الزهري ان اهل الجاهلية كانوا
يشرطون على الراهن انه ان لم يقض الدين الى وقت كذا فالرهن مملوك للمرتهن فابطل رسول
الله صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لا يغلق الرهن وقيل لسعيد بن المسيب اهو قول الرجل
ان لم يات بالدين فقال نعم وقوله لصاحبه غنمه الصاحب يحتمل المرتهن كما يقال المضارب صاحب
المال والحمل عليه اولى لان حقيقة الصحبة له فيصير كانه قال للمرتهن غنمه اي الزوائد يصير رهنا
عنده وعليه غرمه اي هلاك الرهن على المرتهن ولكان المراد به الراهن فالمراد منه الغرم
نفقة الرهن حال الحياة والكفن حال الموت قوله واذا كان كذلك اي لما كان موجب الرهن ملك
اليد والحبس يثبت الاستيفاء من وجه دون وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه ثانيا يؤدي
الى الربوا اي يؤدي الى تكرار الاداء فيما بين جمع الحالين وهو معنى الربوا قوله ولا وجه الى استيفاء
الباقي اي الباقي بعد الاستيفاء ربما وهو ملك الرقبة بدون الاستيفاء بدا هنا
جواب اشكال وهو ان يقال يستوفي المرتهن الدين على وجه لا يؤدي الى الربوا بان يستوفيه
بقدر ما لا لان الاستيفاء ربما يفوت بالهلاك فيستوفي من وجه ملك الرقبة فاذا استوفاه
استوفى حقه لا زيادة ولا نقصانا فاجاب بان استيفاء ملك الرقبة بدون ملك اليد
متعذر فلو استوفاه يتكرر الاستيفاء في حق اليد وذلك ربوا فيثبت العجز عن الاستيفاء في
هذا كما قال ابو حنيفة ومحمد رح في رجل له على اخر عشرة جياد فقضاه الفا زيوفا فانفقه
رب المال ثم علم انه زيوف يسقط اعتبار الجودة لانه لا يمكن اخذها منفردة ولا وجه الى
اخذها بيعا لانه يصير ربوا فكذلك ههنا قوله ولا استيفاء يقع بالمالية هذا جواب اشكال
وهو ان يقال وجب ان لا يسقط لان المرتهن لم يستوف شيئا من حقه لان الاستيفاء يكون
من جنس الحق فاجاب بانه استوفى من جنسه لانه يكون مستوفيا من مالية الرهن لا من
عينه لان الاستيفاء بالعين يكون استبدالا والمرتهن مستوف لا مستبدل وباعتبار
الاستيفاء من المالية يتجانس المالان اما العين امانة في يده وهو بمنزلة الكيس للمالية
فكان الراهن جعل مقدار الدين في كيس وسلمه الى المرتهن ليستوفي حقه وعند الهلاك
يثبت استيفاؤه في مقدار حقه الا انه لم يصر ملكا له لان المالية صفة العين والذي وصف
لا يملك بدونها وهذا كمن اشترى دهنا في زق فسلم البائع الزق مع الدهن فان يد المشتري
يكون يد استيفاء في حق الدهن لا في حق الزق وكذلك تسليم الدار الى المستاجر بحكم
الاجارة يكون يد استيفاء في حق المنفعة ويده امانة في حق الدار حتى ان ما يهلك من
المنفعة يهلك على المستاجر حتى يتاكد عليه الاجرة بازائه قوله وكذا قبض الرهن
لا ينوب عن قبض الشراء عطف على قوله حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته

Copyright © King Saud University

بيان ان العين امانة حتى لا يصير المرتهن قابضا بنفس الشراء **قوله** وموجب العقد ثبوت يد الاستيفاء
جواب عن قول الشافعي ان الحق به يصير بعرض الهلاك وهو ضد الصيانة يعني انما يتعدم
معنى الصيانة اذا قلنا بتواء حقه وكلا ستيفاء ليس بتواء الحق بل فيه معنى الصيانة على ما
ذكرنا انه يقع به الامن عن جحود الدين مخافة جحود المرتهن الرهن ويعجز عن الانتفاع بالرهن
فيتسارع الى قضاء الدين **قوله** ومن ضرورته الا كان فراغ ذمة الراهن عند هلاك الرهن في
تمام الاستيفاء وذا لا ينافي كونه وثيقة لصيانة حق المرتهن كالحوالة فانها توجب الدين في
ذمة المحتال عليه صيانة لحق الطالب وان كان من ضرورته فراغ ذمة المحيل عنه لا يزول
معنى الوثيقة وبه فارق هلاك الشهود والصك لان سقوط الدين عندنا باعتبار
ثبوت يد الاستيفاء اذا تم ذلك بهلاك الرهن وذا لا يوجد في الصك والشهود
قوله استيفاء منه عينا بالبيع لانما يتوهم منه لان تعيين عين للبيع لا يقتضي تعيين عين
اخر للبيع **قوله** منها ان الراهن ممنوع عن الاسترداد وكذا عن ركوبه وشربه لبنه لانه
بنا في موجبه وهو ملك الحبس للمرتهن على الدوام ورهن المشاع لا يصح لانه لا يقدر على
الدوام لا يوجد فيه اذ في المهاياة يفوت حبسه يوم بحق الراهن ويسقط الدين بالهلاك
ويسري هذا الحكم الى الولد لانه يملك ملك الاصل وعنده لما كان حكم الرهن صيرورة
المرتهن احق ببيعه وعند البيع هو احق بثمنه فاذا هلك لا يسقط الدين لانه
امانة عنده ولا يسري الى الولد لانه يتعين عين اخرى للبيع ويصح رهن المشاع لانه يجوز
بيعه وللراهن استرداده وركوبه وشرب لبنه لبقائه على ملكه ولا ينافي موجبه وهو تعيينه
للبيع **قوله** ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وقوله مضمون على وجه التاكيد والجميع
الديون مضمونة كذا في شرح الاقطع وقيل هو احتراز عن ضمان الدرك وفي المبسوط
والرهن بالدرك باطل لان الدرك ليس بمال مستحق يمكن استيفاؤه من مالية الرهن
ولو هلك في يد المرتهن لم يضمن لان ضمان الرهن ضمان الاستيفاء والاستيفاء لا يسبق
الوجوب لا يصح ان يقال بقوله مضمون احتراز عن بدل الكتابة لانه ذكر في فتاوى قاضي
خان ان المولى اذا اخذ من مكاتبه رهنا ببدل الكتابة جاز وان كان لا يجوز اخذ الكفيل
ببدل الكتابة **قوله** لان حكمه ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء يتلو الوجوب فلا بد من وجوب
سابق على الاستيفاء ليكون الاستيفاء مبنيا عليه **فان قيل** الناس اذا دفع ثوبا الى رجل
على ان يقرضه عشرة دراهم صار الثوب رهنا وقد حصل قبل وجوب الدين وقبل وجود
سببه فلا يكون تابعا للوجوب **قلنا** لا بل بعد وجود سببه لان القرض ثبت من حيث
الاعتبار سابقا عليه كما في قوله اعتق عبدك عني بالف درهم ثبت البايع سابقا على العتق فكذا
ثبت القرض سابقا على الرهن حصل الرهن بعد وجود القرض من حيث الاعتبار **قوله** ويدخل

على هذا

على هذا اللفظ اي يشكل على قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون الاعيان المضمونة بانفسها
اي بمثلها او بقيمتها فهي مضمونة بانفسها باعتبار ان المثل والقيمة قايمة مقامها واحترز به
عن الاعيان المضمونة بغيرها وهي المبيع في يد البايع فانه مضمونة بغيره وهو الثمن وفي
المبسوط الرهن بالاعيان على ثلاثة اوجه احدها الرهن بعين هو امانة وهو باطل لان
موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء للمرتهن وحق صاحب الامانة في العين مقصود عليها استيفاء
العين من عين اخرى غير ممكن والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع
وهو مضمون بالثمن وهذا لا يجوز ايضا والثالث الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها كالمغصوب
وهو صحيح لان موجب العقد رد العين ان امكن ورد القيمة عند تعذر رد العين وذلك
دين يمكن استيفاؤه من مالية الرهن **قوله** ولهذا يصح الكفالة بها اي لان الموجب الاصلي
هو القيمة يصح الكفالة بها مع ان الكفالة لا يصح الا في الديون **قوله** بخلاف الحقيقة اي يبطل
الحوالة المقيدة بها بهلاكها لانها تعينت له الى الخلف فهو مضمون بالاقل بالالف واللام في
قوله من قيمته اي يهلك القبض من الدين بيان للاقل اي بما كان اقل فهو مضمون به وصورته
قوله فان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع
المرتهن بالفضل بيانه اذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المرتهن سقط دينه وان
كانت قيمة الثوب خمسة يرجع المرتهن بخمسة عشر لان الرهن عنده مضمون بالقيمة لقوله
على رضي تراد ان الفضل في الرهن اثبت التراد مطلقا وانه يكون من الجانبين فينتظم حالة الهلاك
والبيع فيجب التراد في الحالين جميعا في حالة البيع ان كان في الثمن نقصان فالراهن يرد الفضل
من الدين وان كان في الثمن زيادة والمرتهن يرد الفضل وكذا في حالة الهلاك ان كان في قيمته
نقصان عن الدين فالراهن يرد الفضل وان كان في القيمة فضل على الدين فالمرتهن يرد القيمة
على الدين فيثبت التراد من الجانبين **قوله** كما في حقيقة الاستيفاء اذا اوفاه الغريم دراهم في
كيس حقه في العين يصير ضامنا قدر الدين لا غير والزيادة على قدر الدين امانة فكذلك
هذا **قوله** فالزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها والثابت ضرورة يتقدر
بقدر الضرورة كما اذا رهن عبدا قيمته اكثر من الدين حيث لا يتميز الزيادة من الاصل فيثبت
الحبس للكل **قوله** ولا ضرورة في حق الضمان لان بقاء الرهن مع عدم الضمان ممكن بان
استعار الراهن من المرتهن على ما يجيء انشاء الله تعالى **قوله** والمراد بالتراد فيما روي حالة
البيع يعني اذا باع المرتهن الرهن باذن الراهن يرد المرتهن ما زاد على الدين من ثمنه وانما
حملنا التراد على حالة البيع توفيقا بين حديثي علي رضي فانه يروى عنه رضي عن علي رضي وهو ما
روى عن محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب رضي انه قال المرتهن امين في الفضل فقد بان
لهذه الرواية انه اراد بالتراد في حالة البيع لا في حالة الهلاك **قوله** كما بيناه على التفصيل

على الراهن خمسة احمد ما حكما انه يرجع خمسة عشر والفضل
امانة عندنا وعند زفر رح يرجع الراهن على المرتهن م

Copyright © King Saud University

فيما تقدم اي في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي وقوله على التفصيل وهو ما فصل فيه بقوله و هذا
اي ترك الحبس اذا ثبت الحق باقراره لانه لم يعرف كونه مماطلا واما اذا ثبت بالبينة حبسه كما
ثبت لظهور المطل بانكاره **قوله** فان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار
الرهن ذكره في بعض الفوائد ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن في يده لينقطع
احتمال الهلاك ان طلب الراهن ذلك لان الراهن غايب يحتمل هلاكه وعلى اعتباره
لا يجب قضاء الدين فاذا حلف المرتهن يقضى الدين **قوله** فباعه بنقد ونسيئة جاز لاطلاق
الامر قال القاضي الامام ابو علي النسفي رحمه الله اذا تقدم من الراهن ما يدل على النقد بان قال
ان المرتهن يطالبني بدينه ويدعي بيعه حتى لا يحبسني فباعه بالنسيئة لا يجوز بمنزلة ما لو
قال الغير بع عبدي فاني احتاج الى النفقة **قوله** فصار كان الراهن رهنه وهو دين لانه
ما باعه باذنه صار كانهما تفاسخا الرهن وصار الثمن رهنا بتراضيهما ابتداء لا بطريق
الانتقال حكم الرهن الى الثمن الا ترى انه لو باع الرهن باقل من الدين لا يسقط شيء من
دين المرتهن فصار كانه رهنه ولم يسلم بل وضعه على يدي عدل كذا في زيادات الامام
قاضيخان **فان قيل** لو رهن الدين ابتداء لا يصح **قلنا** نعم ولكن يبقى حكم الرهن في
ثمن المرهون لكونه بدلا عن المقبوض وهو قبضه كان حاصلا لذلك ثم يثبت هذا الحكم في
خلفه تبعا لا مقصودا **قوله** الا ان الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن هذا استثناء من قوله
فصار كان الراهن رهنه وهو دين على تقرير جواب الاشكال وهو ان يقال لم يصر
كان الراهن رهنه وهو دين اذ لو كان كذلك لما كان للمرتهن ولاية قبضه من المشتري
كما لو كان الرهن بيد العدل وحيث كان له ولاية قبضه من المشتري علم انه لم يصر كان
الراهن رهنه وهو دين واجاب عنه وقال وولاية القبض له باعتبار انه عاقد ويجوز ان يرجع
الاستثناء الى قوله وكذا اذا امر المرتهن ببيعه فباعه فلم يقبض الثمن لا يكلف احضار الثمن
الا ان ولاية القبض له باعتبار انه عاقد **قوله** يكلف لاستيفاء حمل هذا اذا ادعى الراهن
هلاك الرهن واما اذا لم يدع فلا حاجة الى احضار الرهن اذ لا فائدة فيه واما اذا قال
الراهن تلف الرهن وصار المرتهن مستوفيا دينه وليس علي شيء من الدين وطلب
من القاضي ان يامره بالاحضار ليظهر حاله يامره بالاحضار واذا كان في المصر الذي هو
ولكن لا يسلم حتى يقبض جميع الدين **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن خطأ
اي بيع العبد العدل او المرتهن الرهن باذن الراهن بخلاف ما اذا قتل رجل عبد الرهن
خطأ حيث يجبر الراهن على قضاء الدين في البيع اذا طالبه المرتهن ولا يكلف احضار الرهن
قبل قبض الثمن لان الرهن صار دينا بالبيع بامر الراهن وفي صورة القتل لا يجبر الراهن
على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لانه ما صار دينا بفعل الراهن **قوله** فيما تقدم

ايضا

اي فيما اذا باع العدل والمرتهن **قوله** وامره ان يودعه غيره في الايضاح وضع العدل عند
غيره وديعة ان كان في يده **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا **قوله** الا بالرد
على الراهن على وجه الفسخ فيه لانه لو رده على الراهن على وجه العارية لا يبطل الرهن **قوله** لانه
يبقى مضمونا ما بقي القبض والدين وفي المبسوط اختلف المشايخ انه لماذا لا ينفسخ بمجرد
الفسخ منهم من قال لان الرهن يثبت بالعقد والقبض جميعا الا ان هذا يشكل بالهبة والبيع
الفاسد فانه يثبت الفسخ فيهما من غير نقض القبض وان كان لا يثبت الا بالعقد والقبض
جميعا ومنهم من قال انما لا يحتمل الرد بمجرد القول قبل الرد لان حكمه قبل الهلاك ثبوت يد
الاستيفاء في حق الحبس فيعتبر باليد الثابتة بحقيقة الاستيفاء في حق الحبس والملك وحقيقة
الاستيفاء لا ينتقض بمجرد القول دون الرد لان فعلها بخلاف قولها والقول متى خالف الفعل
لا يعتبر كالسلطان اذا اكره رجلا بالاقرار بالحبس ثم قال لا احبسك ان شئت فاقر وان
شئت فلا تقر وهو حابس له في الحال فهذا القول من السلطان غير معتبر لانه يخالف فعله
حتى يكون مكرها في اقراره **قوله** قالوا معناه ان يكون الولد في عياله وفي فتاوى الكبرى
وذكر محمد من حفظ من في عياله زوجته وولده واجيره الخاص الذي استاجره مشاهرة
او مسانهة ثم ذكر والحاصل ان العبرة في هذا الباب للمساكنة ولا عبرة للنفقة الا ترى ان
المراة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن وان لم يكن الزوج في نفقتها
لانهما يسكنان معا الا ترى ان الابن الكبير اذا كان ساكنا مع المودع ولم يكن في نفقته فخرج
المودع عن المنزل وترك المنزل على الابن فانه لا يضمن علم ان العبرة لما قلنا **قوله** فهو على الخلاف
يعني الخلاف المعروف في المودع اذا اودع هل يضمن الثاني عنده خلافا لهما لا يضمن وعندهما
يضمن **قوله** والاصل ان ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن اي غير مصلحة الحفظ مثل تلقيح النخل وتنقية
وسقيه من نهر لاخرى **قوله** وكذلك نماؤه فهو مملوك له اي الاولاد والثمرات وسائر ما ينمو مثل
الصوف والشعر وما ينبت من الاشجار في الارض المرهونة وسائر منافعه في يده اي العين
باق على ملكه حقيقة وكذا لان منافعه مملوكة له بخلاف المستعير والموصى له بالخدمة فان
النفقة عليهما لانهما بمنزلة المالك لملك المنفعة والمرتهن لم يملكها مطلقا لانه وان ملك
حبسها ففيه منفعة ايضا للراهن ليسارع الى قضاء الدين الا ان منفعة قضاء الدين مشتركة
بينهما فلم ينزل منزلة المالك **قوله** واجرة الراعي في معناه اي في معنى الانفاق في المأكل والمشرب
قوله لانه علف الحيوان اي الاجر بسبب علف الحيوان لانه يوصل اليه فاطلق اسم المسبب
على السبب في قوله راجع الى الراعي **فان قيل** كان الراعي يسوق الدابة الى العلف فكذلك
يحفظها ايضا والحفظ على المرتهن وان كان العلف على الراهن الا ترى ان اجرة المربط
الذي ياوي فيه الرهن على المرتهن فيجب ان يكون الاجر عليهما نصفين **قلنا** الراعي للاعلاف

Copyright © King Saud University

لا لحفظ الا ترى ان السارق من المرعى لا يقطع ومن المراح يقطع وكان الحفظ بتبع والاحراز
الاصل كالثمن يقابل الرقبة دون الاطراف **قوله** ومن هذا الجنس كسوة الرقيق اى من جنس
ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن وتبقيته **قوله** وكل ما كان لحفظ لرده اى لحفظه اذ كان للرد الى
الراهن فمؤنته على المرتهن لان الحفظ واجب عليه ولهذا لو شرط الراهن شيئا للمرتهن على
الحفظ لا يصح ولا يسعه بخلاف الوديعة فان المودع اذا شرط شيئا على الحفظ يصح **قوله**
لرده الى يد الراهن وفي بعض الى يد المرتهن بعد جبر اباق العبد المرهون فرده انسان
الى المرتهن فالجعل عليه **قوله** او لجزء منه بان يبيض عين الرهن او يحدث به مرض الجزء
للرد آخرها المداواة على المرتهن لان رده كل الرهن واجب على المرتهن تكن لك الجزء وفي
المداواة حفظ الجزء للرد فيكون على المرتهن كما في الكل **قوله** من هذا القسم جعل الآبق
اى من القسم الذي يجب مؤنته على المرتهن **قوله** وانما يلزمه لاجل الضمان اى لاجل ان الرهن
مضمون على المرتهن ماليته **قوله** فيتقدر بقدر المضمون لان جعل الآبق للاعادة الى
يده في قدر الامانة الى المالك فكان مؤنة اعادتها على المالك فيتقدر الواجب عليه بقدر
ما يكون مضمونا عليه بخلاف البيت الذي يحفظ فيه الرهن لان ذلك مؤنة حفظ
الرهن بجنسه وامساكه عن الايدي المتعرضة حبس الجميع وامساك الجميع حق المرتهن
ولهذا كان حبس الكل بما بقي جزء من الدين **قوله** لتعلقه بالدين يعني تعلق الدين بالعين
والمالية جميعا وتعلق حق المرتهن بالمالية دون العين فكان العين مقدما على حق المرتهن
لتقدمه ثم لا استحقاق الدين بوجوب العين يقتضي شيوع الرهن ظاهرا لان وجوب العين لما
ملك المالك في المحل لان ملك العقر لا يثبت في العين قبل الاخذ نعلم ان العين ما يخرج
تلك الواجب من ملك المالك ولا يلزم من ذلك الشيوع في الرهن حقيقة فلا يبطل بخلاف
الاستحقاق لان تلك المستحق يخرج من ملك المستحق عليه ويلزم من ذلك شيوع الرهن
قوله وما اداه احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع لانه قضى دين غيره بغير امره وهو
غير مضطر فيه لانه يمكنه ان يرفع الامر الى القاضي حتى يامر صاحبه بالاداء والانفاق ان
كان حاضرا وان كان غائبا يامر الحافظ بالانفاق ليرجع عليه وفي الذخيرة وما انفق
المرتهن على الراهن والراهن غائب فهو متطوع فان امره القاضي ان ينفق عليه
يجعله دينا على الراهن فهو دين عليه ثم قال فقد اشار الى انه بمجرد امر القاضي لا يصير
النفقة دينا على الراهن حتى قال ويجعل القاضي دينا عليه قال شمس الائمة وهكذا نقول
في كتاب اللقطة واكثر مشايخنا على هذا انه لا بد من التنصيص على ان يكون دينا على
الراهن اما بمجرد الامر بالانفاق فلا يصير دينا وهذا لان امر القاضي في هذا الموضع ما
كان لالزام المامور شيئا فانه لا يلزمه بالانفاق فلا يصير دينا وهذا لان الامر بذلك يتردد

بين

بين الامر بالانفاق حسبة وبين الامر بالانفاق ليكون دينا عليه فعند الاطلاق لا يثبت الا ادناهما
فلا يثبت دينا عليه الا بالتنصيص وهذا الخلاف صاحب العلو اذا بنى السفل حيث يرجع على صاحب
السفل وان كان بغير امر القاضي لانه مضطر فيه لان القاضي لا يجبر صاحب السفل على البناء بخلاف
معير الرهن لانه مضطر في تخليص ملكه فلو اجبر القاضي المستعير على اداء الدين دينا لا يتقيد وهي
فرع مسألة الحجر فمذهب ابي حنيفة ان القاضي لا يلي على الحاضر وعندهما يلي عليه كذا في الايضاح
يعني عند ابي حنيفة لو نفذ عليه امر القاضي حال الحضور يصير محجورا ولا يملك الحجر بخلاف
حال غيبته فان فيه ضرورة وعندهما يملك الحجر فينفذ حال حضرته وغيبته والله اعلم **باب** ما
يجوز ارتهانه وما لا يجوز **قوله** وهذا اي ثبوت يد الاستيفاء لا يتصور فيما تناوله العقد وهو
المشاع **فان قيل** كيف يستقيم هذا والشيوع لا يمنع الاستيفاء حقيقة فان من كان على
غيره عشرة فدفع اليه المديون كيسا فيه عشرون درهما ليستوفي حقه منه فيصير مستوفيا
حقه من النصف شائعا واذا لم يمنع الشيوع حقيقة الاستيفاء فكيف يمنع ثبوت يد الاستيفاء
قلنا موجب حقيقة الاستيفاء ملك عين المستوفى والشيوع لا يمنع الملك وموجب
الرهن يد الاستيفاء فقط وذا لا يتحقق في الجزء الشائع **فان قيل** اليد الحقيقية غير
معتبرة فان الرهن يتم بالتخلية **قلنا** الاصل ان يعتبر الحقيقة لان الرهن عبارة عن
الحبس فيجب اثبات الحبس بحقيقة ما يتصور وهو الحقيقي الا ان التمكن من الحبس اقيم
مقامه فلا بد من اثبات التمكن والتمكن من اثبات اليد حقيقة غير ثابت في الشائع فلم
يمكن التخلية تمكينا **قوله** ولم يشرع الا مقبوضا بالنص وهو قوله فرهان مقبوضة **قوله**
لم يشرع الا من الوجه الذي بيناه وهو صيانة حق المرتهن عن التوى بالجحود واضجار
الراهن ليتسارع الى قضاء الدين **قوله** وكذا في ذلك اي القبض للاستيفاء يتعلق بالدوام
ولا يفضي اليه الا بالدوام **قوله** ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتملها للوجه الاول
هو ان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء دوما في حكم الرهن فيما يحتمل القسمة وما لا
يحتملها لان ما ذكرنا من المعنى وهو عدم تحمل المشاع حكم الرهن لا يفصل بخلاف الهبة
لان المانع من جوازها ضرر الواهب على القسمة من جبر الالزام وذلك مخصوص بما
يقبل القسمة وكذا سويا بين رهن المشاع من شريكه وغيره على هذا الوجه وهو الوجه الاول
وعلى الوجه الثاني لا يجوز من شريكه لانه يفوت دوام الحبس بحكم الرهن فيصير كانه رهن
يوما ويوما لا فقوله يسكن يوما بحكم الملك ويوما بحكم الرهن اذ لا حبس بحكم الرهن
لانه يسكن لانه ممنوع عن الانتفاع بالرهن **قوله** والشيوع الطارئ بان رهن جميع
العين ثم تفاسخا العقد في النصف فعند المرتهن يمنع بقاء الرهن او في النصف الباقي
في رواية الاصل هو الصحيح حتى قالوا في العدل اذا سلط على بيع الرهن كيف شاء فباع

Copyright © King Saud University

نصفه يبطل الرهن في النصف الباقي وعن ابي يوسف انه ان الشيوع الطارئ لا يمنع بقاء حكم
الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة لان البقاء اسهل من الابتداء الا ترى ان صيرورة المرهون دينا في
ذمة غير المرتهن يمنع ابتداء الرهن فلا يمنع بقاءه حتى اذا اتلف المرهون انسان او بيع المرهون
بثمن يكون القيمة والثمن رهنا في ذمة من عليه وابتداء عقد الرهن مضافا الى دين في الذمة
لا يجوز وجه رواية الاصل ان الكلام وقع في المحل وما يرجع الى المحل فالبقاء والابتداء سواء
كالمحرمية في النكاح **فان قيل** اذا ورث الاب ابنه من مكاتبه جاز ولا يبطل بموت الاب
وان تزوجت مكاتبها ابتداء لا يجوز **قلنا** لان المكاتبة لا يملك بسبب من اسباب الملك فكذا
بالوراثة وفيما اذا تزوجت مكاتبها انما لا يجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك
من وجه او من كل وجه لا يجوز بخلاف الهبة لان الشائع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض
في الابتداء لنفي الغرامة على ما بينا في كتاب الهبة وهو قوله وفي اثبات الملك قبل
القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء
لهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن **قوله** لان الشجر اسم
للنابت ولهذا يسمى بعد القطع جذعا لا شجرا فكان استثناء الشجر استثناء للمنبت فكان
رهنا لما سوى المنبت من الارض فذلك مجاور بخلاف رهن الارض دون البناء لان البناء
اسم للموضوع على وجه الارض فكان ذلك رهنا لجميع الارض وذلك مشغول بملك
الراهن **قوله** ولو استحق بعضه ان كان الباقي بحال يجوز ابتداء الرهن عليه وحده بقي
رهنا بحصته وهو فيما اذا بقي شيئا معينا غير مشاع والا بطل كله يعني فيما اذا بقي الباقي
مشاعا ومعنى قوله رهنا بحصته اي مضمونا بحصته كما هلك الباقي يقسم الدين على
قيمة الباقي وقيمة المستحق فما اصاب الباقي يهلك بحصته وما اصاب المستحق يبقى دينا في
ذمته وان كان في قيمة الباقي وفاء بالدين لا يذهب جميع الدين بخلاف ما لو رهن
الباقي ابتداء وفيه وفاء بالدين **قوله** ويمنع التسليم كون الراهن حتى لو اخرج الراهن
متاعه وكان هو مع المرتهن فيها فالتسليم بالتخلية لا يكون تسليما حتى يخرج ويقول
سلمتها اليك **قوله** لانه شاغل لها فالحاصل انه لا يتم تسليم المشغول الا بالراهن او تمكنه
الا بازالة الشواغل **قوله** بخلاف ما اذا كان الرهن شاغلا لا مشغولا حيث يتم تسليمه
كما اذا رهن الحمل على دابة او المتاع في دار او وعاء دون الدابة والدار حيث يتم التسليم
قبل اسقاط الحمل واخراج المتاع عن الوعاء والدار لان المرهون فيها شاغل وليس
بمشغول بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما في راسها ودفع الدابة مع السرج
واللجام حيث لا يتم الرهن حتى ينزعهما ثم يسلم لانه تبع للدابة بمنزلة الثمرة للنخل
حتى قالوا يدخل في الرهن من غير ذكر **قوله** لان القبض في باب الرهن مضمون اي تقبض

يقبض

٢٦

بقبض المقبوض مضمونا على القابض بقدر الدين فلا بد من ضمان على الراهن حتى يصير
المرهون مضمونا على المرتهن بقدر ذلك الضمان وليس في الامانات ضمان فانه حتى صار
امانة مقصودة على العين **قوله** وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة كالمبيع بان اشترى
عينا ثم ان المشتري اخذ رهنا من البائع بالمبيع فان الرهن باطل لان المبيع ليس بمضمون
الا ترى انه اذا هلك المبيع لم يضمن البائع شيئا ولكنه يسقط الثمن وهو حق البائع فلا يصح
الرهن به فلو هلك يهلك بغير شيء لانه لا اعتبار للباطل فبقي قبضا باذنه وانما سماه مضمونا
لغيره باعتبار سقوط الضمان ان لم يقبض مرده اذا قبض والا فهو غير مضمون لانه اذا هلك
يهلك على ملك البائع فلا يجب عليه شيء كما اذا هلكت الوديعة **فان قيل** ينبغي ان يصح بعد قبض
الثمن كالمغصوب في يد الغاصب من حيث انه لو هلك يجب على الغاصب في ماله شيء وهو
القيمة والمبيع بعد قبض الثمن كذلك لانه لو هلك يجب على البائع شيء في ماله وهو رد
الثمن **قلنا** الفرق بينهما ظاهر وهو ان الضمان بعد اخذ الثمن ضمان الاخذ لا ضمان
المبيع ولهذا لم يجب القيمة ولو كان ضمان المبيع لوجب القيمة كما في المقبوض على سوم
الشراء **قوله** والرهن بالدرك باطل تفسير الرهن بالدرك ان يبيع رجل سلعة ويقبض
ثمنها ويسلمها وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ بالثمن رهنا من البائع وهذا قبل الدرك
فانه باطل حتى لا يملك حبس الرهن حل الدرك او لم يحل **قوله** فاذا هلك الرهن عنده
كان امانة حل الدرك او لم يحل لانه لا عقد حينئذ لانه باطل **قوله** والاستيفاء قبل الوجوب
لان الواجب هو الذي يستوفى وضمان الدرك هو ضمان عند الاستحقاق المبيع فلا يجب
قبل الاستحقاق فلا يصح مضافا الى حال وجود الدين لان الاستيفاء معاوضة فلا يحتمل
الاضافة لان اضافة التمليك الى زمان في المستقبل لا يجوز اما الكفالة فتمت وعقد التزام
المطالبة لا لالتزام اصل الدين ولهذا لو كفل بما ذاب له على فلان يجوز ولو رهن بما
عنه حل بما يقعد له عليه لا يجوز **قوله** يهلك بما سمي من المال بمقابلته اي اذا كان الموعود
مساويا لقيمة الرهن او اقل منها اما اذا كان الدين الموعود اكثر من قيمة الرهن يجب
على المرتهن الدفع بمقدار قيمة الرهن لانه يقع الاستيفاء لهذا القدر فتعذرها **قوله** لان
الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة فكان الرهن حاصلا بعد القبض حكما اذ
الظاهر انه لا يجري الخلف في الوعد فكان مفضيا الى الوجوب غالبا بخلاف الرهن
بالدرك لان الدرك لا يكون موجودا غالبا اذ الظاهر ان المسلم يبيع مال نفسه ولانه
مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فاعطي له حكمه كالمقبوض على سوم
الشراء مضمون على القابض لانه مقبوض بجهة حكم الشراء فجعل كالمقبوض بحقيقته في
ايجاب الضمان عند ان المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة بالغا ما بلغت

Copyright © King Saud University

من الثمن على المقبوض على سوم الرهن مضمون باسميهما لا بالقيمة لان ضمان الرهن ضمان
استيفاء الدين فليس بضمان مبتدأ فيتقدر بالدين ضرورة وضمان المبيع ضمان مبتدأ
يجب بالعقد اذ ليس للبائع على المشتري شيء قبل البيع فيجب مضمونا بالقيمة عند تعذر
ايجاب المسمى كضمان الغصب **قوله** فيضمنه اما بالاقل من قيمة الرهن ومما سمي **قوله** لانه
حكم الاستيفاء اي حكم كل واحد من ثمن الصرف ورأس المال والمسلم فيه **قوله** وهو المضمونة
اي المالية هي المضمونة في عقد الرهن لان العين امانة في يده فاذا كان مضمونا
من حيث المالية فالاحوال كلها جنس واحد من حيث المالية فيتحقق المجانسة **قوله** ولو
هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالطعام المسلم فيه حتى يجب عليه رد مثل الطعام المسلم
فيه لقبض رأس المال انما كان كذلك لان رب المال لحق حبس الرهن بجهة الواجب بسبب
العقد الذي جرى بينهما وحق في المسلم فيه عند قيام العقد وفي رأس المال عند فسخه
مثلا ان يحبس الرهن لكل واحد منهما كمن ارتهن بالمغصوب فهلك له ان يحبس الرهن بقيمته
لان الواجب بالغصب استرداد العين عند قيامه والقيمة عند هلاكه واذا هلك الرهن
عنده رب المال فعليه ان يعطي مثل الطعام الذي كان على المسلم اليه ويأخذ رأس ماله لا
لقبض الرهن صار بمالية مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك
فصار بهلاك الرهن مستوفيا طعامه من حين قبض الطعام ثم تفاسخا وهذا لان
الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الاقالة وانما
هلك بالطعام لا برأس المال لانه مرهون بالطعام وانما يظهر اثره في رأس المال في
الحبس لانه بدله ويقوم مقامه فاذا هلك يهلك بالاصل كذا في المبسوط **قوله** وكذا
محبوسا بغيره اي اذا كان الرهن محبوسا بغير المسلم فيه وهو رأس المسلم **قوله** لما انا
اشارة الى قوله لانه رهن به وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى ثمنه ثم اراد فسخه
للفساد له اي للمشتري ان يحبس العبد ليستوفي الثمن لان العبد هناك بمنزلة الرهن
عند المشتري لاستيفاء ثمنه من البائع وقد ذكر في فصل احكام البيع الفاسد من
هذا الكتاب ليس للبائع في البيع الفاسد ان يأخذ المبيع حتى يرد الثمن لان المبيع
مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن **قوله** ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس وكذا
بالقصاص لمعنيين احدهما ان استيفاء المكفول به واستيفاء القصاص من الرهن
غير ممكن والثاني ان المكفول به غير مضمون في نفسه فانه لو هلك لم يجب شيء وانما
ذكر عدم جواز الرهن بمقابلة القصاص في النفس فيما دونه لانه لو رهن ببدل
الصلح عن دم العمد يصح لان البدل مضمون بنفسه وهذا بخلاف ما اذا كان القتل
خطأ فصالحه على مال ثم رهن به رهنا لم يصح لانه غير مضمون فانه اذا هلك ينفسخ

الصلح

الصلح بضاد كالمبيع كذا في الايضاح في تعداد ما يجوز الارتهان به **قوله** ولا يجوز بالشفعة
لان المبيع غير مضمون على المشتري اذ لو هلك لم يلزم المشتري ضمان ولا باجر
النائحة والمغنية حتى لو ضاع اي الرهن لم يكن مضمونا لان الرهن حصل بما ليس
بواجب اصلا الا ترى انهما لو ترافعا الامر الى القاضي قبل الرهن فالقاضي لا يأمر المستأجر
بتسليم الاجر كذا في الذخيرة **قوله** لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وهو كاف لانه اكثر من
الدين الموعود **قوله** وكذا قياسه فيما تقدم من حيث الرواية المحفوظة عن ابي يوسف ره
في مسئلة الصلح على الانكار ان المرتهن لا يضمن اذا تصادقا ان لا دين ولم يحفظ رواية
في مسئلة من اشترى عبدا ورهن بثمنه ثم ظهر العبد حرا واخواتها ولكن وجدوا
تلك المسئلة كمسئلة الصلح على الانكار فقالوا قياس قول ابي يوسف ره في هذه المسائل
تقتضي ان يكون الرهن مضمونا وفي الايضاح بعدما ذكر مسئلة من اشترى عبدا ورهن
بثمنه او اشترى خلا او شاة الى قوله فالرهن مضمون ثم قال ويجب على قول ابي يوسف ره
ان لا يضمن لانه قبضه وليس هناك ضمان في الحقيقة **قوله** ويجوز للاب ان يرهن
بدين عليه عبدا لابنه مقيدا بالصغير لان الابن لو كان كبيرا لا يجوز **قوله** والوصي بمنزلته
الاب في هذا الباب لما بينا وهو قوله لانه يملك الايداع وهذا النظر في حق الصبي منه
ويضمنه للصبي وفي الذخيرة والمعنى اذا صح الرهن بينهما وهلك الرهن في يد المرتهن
هلك بما فيه ويضمن الاب والوصي للصغير قيمة الرهن اذا كانت القيمة مثل الدين و
ان كانت القيمة اكثر من الدين يضمن مقدار الدين ولا يضمن الزيادة لانه فيما زاد مودع
مال الصغير وفي الاصل اذا كانت قيمة الرهن اكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي
يضمن بقدر القيمة لان للاب ان ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي اذا ذكره الامام التمرتاشي
ره **قوله** وكذا وكيل البائع بالبيع يعني اذا كان للمشتري على وكيل البائع دين كان
على هذا الخلاف يقع المقاصة عندهما خلافا لابي يوسف ره والرهن نظير البيع نظرا
الى عاقبة الرهن ومن حيث انه يصير قاضيا دينه عند هلاك الرهن ضامنا مثله للصبي
وفي البيع كذلك لانه يصير قاضيا دينه من الثمن الواجب للصغير ضامنا له مثله **قوله** واذا
رهن الاب من نفسه اي رهن الاب متاع الصغير من نفسه بدين له على الصغير فكان
الاب ها هنا بطريق النيابة عن ابنه الصغير ومن تمام النظر بالنظر الى حاله بأخذ متاع ابنه
الصغير ها هنا لنفسه بدين له على الصغير او من ابن له صغير اي رهن الاب متاع ابنه الصغير
ها هنا من ابن له آخر صغير بان يكون لرجل ابنان صغيران فصار لاحدهما على الآخر دين
من الرجوع او رهن الاب متاع ابنه الصغير المذكور من ابنه الصغير الذي هو رب الدين
او عبد له اي للاب عبد تاجر وهذا العبد التاجر دين على الصغير يعني رهن الاب متاع

Copyright © King Saud University

ولدع الصغير من عبد نفسه **قوله** ولا دين عليه اى على العبد انما قيد به لان الشبهة انما ترد فيما
اذا لم يكن على العبد دين لانه ح يكون بمنزلة ان يرهن لنفسه لان كسب عبده آلآ
لا دين عليه ولكن هو غير مانع لما ذكرنا انه لو رهن متاع ابنه الصغير من نفسه يجوز
فكذلك هنا واما اذا كان على العبد دين فلا شك فى جواز الرهن فى هذه الصورة
حتى ان الوصى يشارك الاب فى جواز الرهن فى هذه الصورة وفى مبسوط شيخ الاسلام
ر وان رهنه من عبد له تاجر فانه جائز سواء كان على العبد دين او لم يكن واما
اذا كان على العبد دين فانه يجوز من الوصى فلان يجوز من الاب اولى لانه اتم ولاية من
الوصى اولى فان لم يكن عليه فانه يجوز من الاب بخلاف الوصى اذا رهن من عبد ولا
دين عليه فذلك لانا نجعل رهنه من عبد ولا دين عليه فى الموضعين كرهنه من
نفسه الا انه لو رهن الاب من نفسه جاز وكذا اذا رهن من عبد ولو رهن الوصى من
نفسه لا يجوز وكذا من عبده ثم انما جاز رهن الاب من نفسه ولم يجز رهن الوصى
من نفسه لان بيعه مال ولده من نفسه جائز وان لم يكن فى ذلك منفعة ظاهرة بل
بمثل القيمة من نفسه فكذا جاز رهنه وما كان الرهن يصير مضمونا بالقيمة واما بيع
الوصى من نفسه لا يجوز عندهم جميعا بمثل القيمة فكذا لا يجوز رهنه من نفسه
لانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين ولو ارتهنه الوصى من نفسه بان كان له على
الصبى دين او من هذين اى ارتهن الوصى متاع الصبى له حال ابنه الصغير الذى له دين
على اليتيم او ارتهن الوصى متاع اليتيم للحال عبده التاجر الذى له دين عليه اذا كان
لهذا العبد دين على اليتيم او رهن الوصى عبد نفسه من اليتيم للحال دين على الوصى لليتيم
لا يجوز رهن الوصى من ابنه الصغير وعبده التاجر الذى ليس عليه
دين بمنزلة الرهن عن نفسه فلا يصح كما لو رهن عن نفسه بخلاف ابنه الكبير واب
وعبد المديون لانه من كسبهم بمنزلة الاجنبى وهم احق بالكسب منه وهذا الخلاف كذلك
بالبيع فانه لا يبيع من هؤلاء لانه فى البيع متهم وفى حق الرهن لا يكون متهما لان حكم
الرهن واحد وهو انه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين سواء رهنه عند
هؤلاء او عند اجنبى فلا اعتبار التهمة نفذ تصرفه معهم **قوله** وان استدان الوصى
لليتيم فى كسوته وطعامه اى اشترى له من كسوة لليتيم او طعاما واذا رهن الاب
متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضى الدين اطلق
رهن الابن متاع الصغير ولم يذكر انه رهن لدين الصغير او لدين نفسه لان هذا
هذا الحكم الذى ذكره لا يختلف بين ان يكون الدين دين الصغير او دين الاب وقوله
مات الاب قيد اتفاقى وكذلك ذكر الاب ليس بقيد لان هذا الحكم وهو عدم ولاية استرداد

الصغير

الصغير قبل اداء الدين اذا باع لا يختلف بين ان يكون الراهن ابا او وصيا للصغير ذكر شيخ الاسلام
فى مبسوطه اذا رهن الاب مال ولده وهو صغير فادرك فاراد رد الرهن ليس له ذلك وكذلك الوصى
لو رهن مال الصغير اما بدين او بدين الصغير ثم بلغ الصغير فاراد ان يرد ذلك لم يكن له ذلك
فانا فعله الاب وانه اتم ولاية اولى **قوله** لو تقوم لان ما من جانب الصغير
قوله وكذلك لو هلك قبل ان يفتكه يعنى له ان يرجع فى مال الاب **قوله** لان فعل الوصى كفعله
بنفسه اى كفعل اليتيم بنفسه والحكم فيه هذا يعنى لو كان اليتيم بالغا فرهنه متاع نفسه ثم استعاره
من المرتهن فهلك فى يده لم يسقط الدين لان عند هلاك الرهن يعتبر المرتهن مستوفيا
ولا يمكن ان يجعل صاحب الدين مستوفيا دينه باعتبار يد المديون الا ترى ان حكم الرهن
لا يثبت بيد الراهن فى الابتداء اذا جعل عدلا فيها فكذلك لا يبقى حكم يد الاستيفاء بعدما
رجع الرهن الى الراهن واذا لم يسقط الدين بذلك رجع المرتهن على الوصى بالدين كما يرجع
به قبل الرهن ويرجع به الوصى على اليتيم وقد ضاع العين من مال اليتيم لانه انما استعاره
لحاجة اليتيم **قوله** لو كانت قيمته اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن وهذا هو الصواب
رو عامة اى قدر القيمة وهذا سهو من الكاتب وهذا ظاهر لا خفاء فيه لان الحد الذى
حق المرتهن فى قدر الدين لا فى قيمته **قوله** يضمنه للمرتهن وهو الاقل من قيمته ومن الدين
ولا يضمنه لحق الصغير وهو قدر الدين لا فى قيمته **قوله** يضمنه للمرتهن وهو الاقل من قيمته
ومن الدين ولا يضمنه لحق الصغير وهو قدر الزيادة على الدين **قوله** فاذا هلك فى يده
يضمن للمرتهن باخذه من دينه اى ياخذ المرتهن ما ضمنه الوصى بمقابلة دينه **قوله** ويرجع
الوصى على الصبى بذلك لما ذكرنا اى لانه ليس متعد بل هو عامل له **قوله** لما انه لا وجه
الى الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن لانه يبطل حق المرتهن فى الجودة
ر ولا وجه الى اعتبار القيمة لانه يؤدى الى الربوا لانه صار مستوفيا من دينه عافية عشر
للقيمة لصار مستوفيا ثمانية بعشرة من حيث الوزن فيكون ربوا فصرنا الى التضمين
بخلاف الجنس لينتقض القبض اى قبض المرتهن فى الهلاك ويجعل الضمان مكانه فيتم
بملكه اى بملك بفكه الراهن بقضاء الدين فيتملكه اى يملك الضمان الذى جعل مكان
الاول **قوله** لينتقض بالقبض لا يبقى لان القبض قد انتقض لفوات المحل اذ هو فعل حسى
فلا يتصور بدون المحل لانا نقول القبض لا ينتقض الا بالرد او بالاستيفاء ولم يوجد احدهما
فيكون القبض باقيا حكما وان فات المحل حسا والى التضمين بخلاف الجنس ليتم القبض
ومعنى فيكون معنى قوله فى الكتاب لينتقض القبض ليكمل ويتم القبض **قوله** وقد حصل
الاستيفاء بالاجماع لانه من جنس حقه وقد نقضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج الى
نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان لانه لا بد له من مطالب ومطالب لا مطالب هنا

Copyright © King Saud University

لانه لو كان اما ان كان هو الراهن او المرتهن ولا يجوز ان يكون الراهن هو المطالب للنقض لتعلق حقه
دينه بالجودة لان ذلك يضره ولا ينفعه ولا يجوز ان يكون المرتهن هو المطالب بالنقض لان المرتهن
مطالب فلا يصح ان يكون مطالبا للتراجع **قوله** وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه يعني انه
لا يمكن ان يقال المرتهن يضمن لانه صار مستوفيا بالهلاك فصار المستوفي ملكا له ومن
المحال ان يضمن الانسان ملك نفسه ولما تعذر التضمين تعذر النقض **قوله** ويتفرع
هذا فرعه ما اذا استوفى الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة فانه لا يسقط دينه
ولا شيء عليه في قول ابي حنيفة رح وقال ابو يوسف رح يضمن مثل ما قبض ويأخذ مثل حقه
وقول محمد رح كقول ابي حنيفة رح اولا وآخرا كقول ابي يوسف رح كذا ذكره عيسى بن ابان و
الاصح ان هذه المسئلة مبتدأة لان محمدا رح مع ابي حنيفة رح في تلك المسئلة في المشهور
ومع ابي يوسف رح في هذه **قوله** ولو انكسر الابريق ففي الوجه الاول وهو ما اذا كانت
قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف رح لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب
شيء من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة اي بالصناعة ولا الى ان يفتك مع النقصان
لما فيه من الضرر على الراهن وهذا التعليل لا يطابق قوله لا يجبر على الفكاك بظاهره
ووجهه ان يقال لا يجبر على الفكاك لانا لو قلنا بالجبر على الفكاك لا يخلو اما ان يجبر
على الفكاك بقبض الدين او بكله لا وجه الى الاول لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين
لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى الثاني لما فيه من الضرر فتعيناه **قوله**
وهذا لانه لما تعذر الانفكاك مجانا لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين ولا الى
ان يفتك مع النقصان لما فيه من الضرر بالراهن تعذر الفكاك اصلا فصار بمنزلة
الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه قلنا
طريق صيرورته مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة بعذر الدين لانه عقد استيفاء
بسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي اعتبارا ان يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم يقع
المقاصة بين ماله وما عليه فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضمونا بالدين في حاله
قيامه يؤدي الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي مردود في الشرع فصرنا الى التضمين
بالقيمة لانه لا يؤدي الى الاغلاق ولانتقال حكم الرهن الى مثله **قوله** عندهما ظاهر لان
عندهما حالة الانكسار وحالة التضمين بالقيمة بكل حال فكذلك عند محمد رح لانه يضمن
حالة الانكسار بحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة فيما اذا كانت قيمته اقل او اكثر
من وزنه **قوله** استحال ان يكون التابع امانة وهذا لان البيع لا يخالف الاصل فلو كان
كل الوزن مضمونا يجعل كل الوصف مضمونا وان كان بعض الوزن مضمونا يجعل ما
بازائه من زيادة القيمة مضمونا حتى لو كان الدين عشرة مثلا ووزن الرهن خمسة

عشر

(٦٣)

عشر وقيمته ثمانية عشر فلو انكسر يضمن اثنى عشر لان بازاء كل خمسة واحد فيكون بازاء
العشرة اثنان **قوله** وعند ابي يوسف رح الصناعة كعين مال قائم فانها تعتبر عند المقابلة
بخلاف جنسها وفي تصرف المريض فانه لو باع مائة من الجيد بمائة من الرديء التي قيمته
خمسون لا يعتبر من جميع المال بل من الثلث ولو لم يكن للجودة اعتبار لاعتبر الجميع كما في
البيع الخالي من المحاباة ولهذا قال يضمن خمسة اسداس من قيمته ويكون خمسة اسداس
الابريق له بالضمان وسدسه يفرز بحصته حتى لا يبقى الرهن شائعا لان الشيوع الطارئ
في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن لما مر وعن ابي يوسف رح ان الشيوع الطارئ لا يمنع
فلا يحتاج الى التمييز **قوله** وفي بيان قول محمد رح نوع طول وهو ان عند محمد رح ان انتقص
بالانكسار درهم او درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان انتقص
اكثر من ذلك يخير الراهن ان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء استرده بقضاء جميع
الدين لان من اصله ان الضمان في الوزن والامانة في الجودة والصنعة تابعة للوزن و
صفة الامانة في المرهون كذلك فيجعل الاصل مقابلة الاصل والتبع وهذا لان الصنعة
مال من وجه كما قرره ابو يوسف رح انها مال تبعا للاصل ولكن ليس لها حكم المالية و
التقوم منفردا عن الاصل كما ان حكم الرهن فيما هو امانة ثابت من وجه وهو الحبس
بالدين وليس بثابت في حكم الضمان واذا كانت الامانة ههنا في الجودة والصنعة قلنا
اذا لم ينتقص اكثر من ذلك فقد فات شيء من المضمون وحالة الانكسار عند محمد
رح معتبرة بحالة الهلاك وفي هذا الفصل عند الهلاك يصير مستوفيا دينه فكذلك عند
الانكسار يكون مضمونا بالدين ويخير الراهن كما بينا في المبسوط **قوله** ومن باع عبدا
على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا ولو لم يكن معينا كان العقد فاسدا
قياسا واستحسانا حاضرا في المجلس فقبل اي الكفيل الكفالة **قوله** ولانه شرط لا يقتضيه
العقد لان ما يقتضيه العقد بدون الشرط كتسليم المبيع على البائع وتسليم الثمن
على المشتري **قوله** وفيه منفعة لاحدهما اي البائع **قوله** وجه الاستحسان انه شرط
ملائم للبيع لان المقصود من الكفالة والرهن التوثق بالثمن فاشتراطهما في معنى اشتراط
زيادة وصف الجودة في الثمن فاذا كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا
المعنى اي معنى الشرط وهو الملائم فصح العقد **قوله** فيبقى الاعتبار بعينه فتفسد اي
بعين الشرط لانه لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة لانه لما كان مجهولا يكون للمشتري
سبيل من ان يرهن شيئا يساوي عشر حقه اي يعطي كفيلا غير ملي وليس فيه من التوثق
شيء فبقيت الصورة بعينه وانه ادخال صفقة في صفقة فيفسد به العقد **قوله** صار حقا
من حقوقه كالوكالة المشروطة اي الرهن يثبت في ضمن عقد لازم وهو البيع فيصير

Copyright © King Saud University

الوكالة مستحقا كالوكالة المشروطة كما اذا وكل الراهن العدل او المرتهن ببيع الرهن عند حلول
الدين فالوكالة لازمة ولا يملك الراهن عزله عنها ونحن نقول الرهن عقد تبرع من جانب
الراهن ولا جبر على التبرع وانما صار حقا من حقوقه اذا وجب ولم يوجد بعد والوعد
بالرهن لا يكون فوق الرهن ولو رهنه لا يلزم ما لم يسلم فلان لا يجبر لاجل الوعد
اولى **قوله** او يدفع قيمة الرهن رهنا وفي بعض الحواشي المراد بالقيمة الدراهم والدنانير
لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه فكانها هو اما اذا اراد ان يرهن مكانه عينا اخرى فيحتاج
الى رضاء المرتهن **قوله** ومن اشترى شيئا بدراهم فقال البايع امسك هذا
الثوب حتى اعطيك الثمن والثوب رهن ذكر في بعض الحواشي اي ثوبا اخر غير المبيع
وذكر الامام التمرتاشي في الجامع الصغير اشترى ثوبا وقبضه ثم اعطى البايع وقال له
امسك ثمنك او قال امسكه رهنا حتى اعطيك ثمنك فهو رهن في القولين فعلم
بهذا انه لا تفاوت بين ان يشير بقوله الى ثوب اخر او ثوب اشتراه وقبضه لان الثوب
لما اشتراه وقبضه كان هو وساير الاعيان المملوكة سواء في صحة الرهن **قوله** والحوالة
في صفة لما ان الحوالة تشترط مطالبة الاصيل كالكفالة **قوله** لما مدة الى الاعطاء اي
مدة امساك الثوب له وقت الاعطاء فعلم ان مراده الرهن لانه الحكم الرهن وهو
الحبس الدائم الى وقت الفكاك فاذا صرح بهذا علم ان مراده الرهن وذلك كان المعتبر
موجب العقد كالمصرح بلفظه فكانه قيل رهنتك بالثمن الا ترى انه لو قال ملكتك
هذا الثوب بعشرة كان هذا وقوله بعتك بالعشرة سوار **قوله** مبالغة في حمله على
القضاء لان قصد المرتهن اضجار الراهن ليسارع الى قضاء الدين فلا تفرد الراهن
بالتفريق باخذ ما يحتاج اليه يتكاسل في قضاء الباقي فلا يحصل المقصود ولهذا اذا نقد المشتري
بعض الثمن واراد ان ياخذ بعض المبيع لا يملك فكذا هنا والجامع ان كل واحد من المبيع
والمرهون محبوس بكل الدين والثمن فيكون محبوسا بكل جزء من اجزائهما ليكون
حاملا له على قضائها **قوله** فان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي
رهنه به بان قال رهنتك هذين العبدين كل واحد منهما بخمسمائة وسلمها اليه ثم نقد
خمسمائة وقال اردت عن هذا العبد واراد ان ياخذ ذلك العبد فيكون محبوسا
فكذلك الجواب في رواية الاصل اي لم يكن له ذلك وفي روايات الزيادات وقيل
هو الاصح له ذلك **قوله** وجه الاول اي وجه رواية الاصل ان العقد متحد لا يتفرق
الموجب القابل وعند اتحادهما لا يتفرق العقد بتفريق التسمية كما في البيع ووجه
الثاني اي رواية الزيادات وهو الاصح ان البيع لا يتفرق بتفريق التسمية عند اتحاد العاقد
والرهن يتفرق ولهذا لو قبل المشتري البيع في احدهما دون الاخر لا يصح ولو قبل المرتهن في

العقد

العقد في احدهما عند تفريق التسمية صح وانما افترقا لان ضم الردي الى الجيد متعارف في البيع
فلو تفرق البيع بتفريق التسمية كان للمشتري ان يقبل في احدهما بقبول الجيد فيتضرر به
البايع ولو تفرق الرهن بتفريق التسمية لا يتضرر به الراهن لان الحكم لا يتفاوت في ذلك
اذ هو مضمون بما قابله من الدين سوا كان وحده او مع غيره ولان في البيع اذا جمع
بينهما لو تفرقت الصفقة يصير الثانية شرطا في الاول وهو شرط فاسد والبيع يفسد
به اما الرهن فلا يفسد بالشرط الفاسد لانه تبرع كالهبة ولان البيع عقد تمليك فان
الهلاك قبل التسليم يبطل البيع فبعدما نقد المشتري بعض الثمن لو تمكن من قبض بعض
المعقود عليه ادى الى تفريق الصفقة قبل التمام بان يهلك ما بقي فينفسخ البيع فيه بخلاف
الرهن فانه بالهلاك ينتهي حكم الرهن لحصول المقصود به كما ان بانفكاك الرهن ينتهي
حكم الرهن فلو تمكن من استرداد البعض عند قضاء بعض الدين لا يؤدي ذلك الى
تفريق الصفقة لان اكثر ما فيه ان يهلك ما بقي فينتهي حكم الرهن **فان قيل** هذا في حالة
الاحتمال موجود **قلنا** نعم ولكن في حالة الاحتمال لحصة كل واحد من العبدين من الدين
غير معلوم بيقين فاما عند التفصيل بان رهن بكل عبد معلوم بالتسمية فلهذا يمكن
من فكاك البعض بقضاء بعض الدين **قوله** فان رهن عينا واحدا عند رجلين
بدين لكل واحد منهما جاز سوا كانا شريكين فيه او لا وجميعها رهن عند كل واحد
منهما لان الرهن اضيف الى كل العين في صفقة واحدة ولا شيوع في المحل باعتبار
تعدد المستحق لان موجبه صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل الوصف بالتجزي
فصار محبوسا بدين كل واحد منهما وكان استحقاق الحبس لهما استحقاقا واحدا من غير
انقسام بينهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين لان موجب الهبة ثبوت الملك والشيء
الواحد يستحيل ان يكون كله مملوكا لرجلين لكل واحد منهما على الكمال في زمان واحد فلا بد
فيه الشيوع ضرورة فاما حكم الرهن هو الحبس والعين الواحدة يجوز ان يكون محبوسا
بحق كل واحد منهما على الكمال اذ لا تضايق في استحقاق الحبس الا ترى ان الرهن الواحد
لا ينقسم على اجزاء الدين بل يكون محبوسا كله بكل وبكل جزء منه فكذا هنا يكون
العين محبوسا بحقهما وبحق كل واحد منهما فلا يتحقق فيه الشيوع **قوله** وعلى هذا حبس المبيع
اذا اشترى رجلان من رجل فادى احدهما حصته لم يكن له ان يقبض شيئا وكان للبايع
ان يحبس المبيع حتى يستوفي ما على الاخر **قوله** وان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة
على رجل انه رهنه عبده الذي في يده وقبضه صورة المسئلة رجل في يده عبد فادعى عليه
رجلان كل واحد منهما يقول لذي اليد انك رهنتني بالف درهم وقبضته منك واقاما
البينة على ما ادعيا فهو باطل **قوله** كانهما ارتهناه معا اذا جهل التاريخ بينهما اصله

العرف في المرهب ما الهدي **قوله** وما ذكرنا اي من الجواب فهو باطل والجواب قياسا **قوله**
لكن محمد رح اخذ به لقوته ووجه الاستحسان ضعيفا لان ذلك يحمل على حالة قامت
به البينة لان كل واحد منهما اثبت لنفسه حبسا هو وسيلة مثله من الاستيفاء ولو
جعلنا كان الرهن من اثنين لقضينا لكل واحد بحبس هو وسيلة الى شطره من الاستيفاء
والحكم بخلاف الحجة باطل **قوله** فيكون القضاء به اي القضاء بالحبس للاستيفاء
قضاء بعقد الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان ان المقصود
بعد موت الراهن اثبات الاختصاص وهو كونه احق به من سائر الغرماء دون الحبس
فكل واحد منهما اثبت لنفسه الاختصاص فهو كونه احق به من سائر الغرماء بالعين حتى
يباع له في دينه وهذا لا يحتمل الشركة فيقضى لكل واحد منهما بالنصف فاما في حالة
الحيوة فالمقصود هو الحبس وهذا مما لا يحتمل الشركة في العين اذ الشائع لا يدوم حبسه
وهو نظير الوارث من حيث نكاح امراة بعد موتها واقام كل واحد منهما البينة يقضى
لكل واحد منهما بالمهر ويستحق الميراث المفروض بخلاف حالة الحيوة لان الميراث هو
المقصود بعد الموت وهذا مما يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحيوة وكذا لو
ادعت اختان نكاح رجل بعد موته واقامتا البينة يقضى لكل واحدة منهما بالمهر
ويستحق ميراث النساء بخلاف حال الحيوة لان النكاح هو المقصود بعد الموت وهو
مما يحتمل الشيوع والشركة بخلاف حالة الحيوة لان المقصود ثمه الحل وهو لا يقبل
الاشتراك والله اعلم **باب** الرهن يوضع على يد العدل واذا اتفقا على
وضع الرهن على يد العدل جاز وقال مالك رح لا يجوز لان يد العدل يد المالك
ولهذا يرجع العدل عليه اي على الراهن بعد المرتهن عند الاستحقاق فانعدم
القبض قوله في هذا الباب فانعدم القبض بشرط اشتراط القبض عند مالك رح
قد ذكر في اول كتاب الرهن وقال ان مالك رح يلزم بنفس العقد وهو يعتبر على عدم اشتراطه
فكان له قولان في اشتراطه وذكر في المبسوط وشرح الاقطع لابن ابي ليلى رح مكان
مالك رح وفي المبسوط قال ابن ابي ليلى لا يتم الرهن بقبض العدل حتى اذا هلك
الرهن في يد العدل لم يسقط الدين وان مات الراهن فالمرتهن اسوة للغرماء
فيه ولنا ان قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن وهذا لان اليد في باب الرهن
على الصورة امانة وعلى المعنى مضمونة فكان يده على الصورة يد المالك في الحفظ
وعلى المعنى هو المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل العدل
منزلتهما تحقيقا لغرضهما ويجوز ان يجعل اليد الواحدة في حكم اليدين كما قال ابن
عمل ذكره في الرهن الساعي كان يد الساعي يد صاحب المال من وجه حتى لو انتقص النصاب

قبل حولان الحول او هلك النصاب كان لصاحب المال استرداده ما دفعه الى الساعي لما كان ما دفع
اليه قائما في يده ويد الفقير من وجه حتى لو هلك الزكوة في يد الساعي وبقي النصاب
الى اخر الحول يقع المودى زكوة كما لو دفعه الى الفقير فكذلك يد العدل هنا ولكان
يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن فذلك لا يدل على ان يده يد الراهن لانه
كالمرتهن اذا هلك الرهن في يده ثم استحقها مستحق وضمنه فانه يرجع على الراهن
بما ضمن وبدينه على ما يجيء في اخر هذا الباب ثم انما لا يرجع العدل على المرتهن بضمان
الاستحقاق مع ان العدل نائب عن المرتهن في القبض بحبس له لان المستحق انما يضمن العدل
بضمان الغصب والغصب انما يتحقق بالنقل والتحويل ولم يوجد من المرتهن نقل ولا تحويل لا حقيقة
ولا حكما بل وجد نقل العين من العدل والعدل في حق العين نائب عن المرتهن فكان العبرة
لنقل العين لان العين هو الاصل فكذلك لا يرجع بضمان الاستحقاق على الراهن وكان
المرتهن **قوله** لا يستبدان بجعل القيمة رهنا في يده اي لا ينفرد العدل ان يجعل القيمة رهنا
في يده لان القيمة وجبت دينا في ذمته ولو جعلها رهنا في يده صار الواحد قاضيا ومقتضيا
عليه وبينهما تناف ولكن يتفقان على ان ياخذها منه ويجعلاها رهنا عنده وان تعذر
اجتماعهما يرفع احدهما الامر الى القاضي ليفعل كذلك ولو فعل ذلك ثم جعلت القيمة في
يد العدل **قوله** فالقيمة سالمة له اي للعدل **قوله** ولكان ضمنها بالدفع الى المرتهن اي لكان
العدل ضمن القيمة بسبب الدفع الى المرتهن كان للراهن ان ياخذ القيمة منه وهل يرجع
العدل بعد ذلك على المرتهن بذلك ينظر ان كان [illegible] على وجه العارية او على
وجه الوديعة وهلك في يد المرتهن لا يرجع وان استهلك المرتهن يرجع عليه لان العدل
بازاء الضمان ملكه وتبين انه اداه ودفع ملك نفسه فان هلك في يده لا يضمن وان استهلكه
يضمن وان كان العدل دفع الى المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك او ان
بيتك رجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك لانه دفع اليه على وجه
الضمان **قوله** ولا يجمع فيه بين البدل والمبدل بهذا اللفظ تحرزا عن المسئلة الاولى وهي
هي ما لو ضمن العدل القيمة بسبب دفع الرهن الى الراهن فان هناك لو قضى الراهن
دينه الى المرتهن ثم اذا اخذ القيمة من العدل كان جامعا بين البدل والمبدل لانه وصل
اليه عين وهو الرهن اولا ثم لو اخذ منه قيمته كان جامعا بين البدل والمبدل فلذلك
لا ياخذ بالقيمة هناك واما هنا فلا جمع بينهما **قوله** لانه توكيل ببيع ماله وهذا لان
الرهن شرع وثيقة لجانب الاستيفاء وبالتوكيل يصير جانب الاستيفاء اوثق فكان بالجواز
احق ثم فيه تعليق الوكالة بالشرط لكنها اسقاط والاسقاطات يقبل التعليق وهذا
لانه كان ممنوعا عن التصرف في هذا العين بحق المالك فاذا وكله فقد اسقط حقه

Copyright © King Saud University

قوله الا ان عليه لزيادة الوثيقة اي التوكيل لزيادة الوثيقة والرهن وثيقة فيكون التوكيل
وصفا من اوصاف الرهن فيلزم بلزوم الرهن كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي اذا وكل
المدعى عليه بالخصومة بطلب المدعي لا يملك عزله بغير محضر من الخصم لانه تعلق به حق
المدعي قوله لانه للاذن باهله وهو الموكل بالبيع فكذا بوصفه وهو الاطلاق قوله اي
العقد اي عقد الرهن قوله فيتحقق بحقوقه واوصافه الحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة
والاوصاف الدفع وجبر الوكيل وحق بيع العدل الرهن وحق صرف الدراهم بالدنانير قوله
ولا يتقوم وارثه ولا وصيه مقامه وفي الذخيرة واذا مات العدل في الرهن وقد كان
وكيلا بالبيع فاوصى الى رجل يبيعه لم يجز الا ان يكون الراهن قال له في اصل الوكالة
وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شيء فحينئذ لوصيه ان يبيعه
ولا يجوز لوصيه ان يوصي الى ثالث به قوله اجبر على بيعه وكيفية الاجبار ان يحبسه
القاضي اياما ليبيع فان ابى بعد الحبس فالقاضي يبيع عليه وهذا على اصلهما ظاهر فلما
على اصل ابي حنيفة ره فكذلك عند البعض لانه تعين جهة البيع لقضاء الدين هنا و
قيل لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ولا ينفذ البيع بهذا الاجبار
لانه اجبار بحق فصار كالاختيار قوله لما ذكرنا من الوجهين في لزومه احدهما انه لما شرط
في عقد الرهن صار وصفا من اوصافه والثاني انه تعلق به حق المرتهن وفي العزل
اتواء حقه لا يقال لانه لا يستقيم الاستدلال على الوجه الاول لانه لا يلزم من جواز
الوكالة وصفا من اوصاف الرهن وكونها لازمة ان يكون الجبر متفقا عليه لانه لا
تاثير له فيه لانا نقول انما ثبت وصف الدفع في الوكالة حقا للمرتهن فلو لم يجبر على
البيع لم يتحقق فائدة اللزوم قوله وكذلك الوكيل بالخصومة اي بطلب المدعي
قوله بخلاف الوكيل بالبيع اي الوكيل المفرد لا الوكيل ببيع الرهن وقد ذكر شيخ الاسلام ره
في مبسوطه العدل يفارق الوكيل المفرد في تسعة اوجه احدها ان بيع الولد الوكيل
المفرد لا يبيع الولد والثاني انه يجبر على البيع حتى ابي بخلاف الوكيل المفرد والثالث انه
لا ينعزل بعزل الموكل بخلاف الوكيل المفرد والرابع انه لا ينعزل بموت الموكل والوكيل المفرد
ينعزل وزاد على هذا الامام التمرتاشي ره مسائل منها ان العدل يبيع الارش وما يوخذ
بالاتلاف والمفرد لا يبيع ومنها ان العدل اذا باع بخلاف الجنس الدين كان له ان يصرفه
الى جنس الدين والمفرد اذا باع باي ثمن كان لا يجوز ان يصرفه ومنها ان العدل اذا باع
بخلاف الجنس الدين كان له ان يصرفه الى جنس الدين والمفرد اذا باع باي ثمن كان لا يجوز
ان يصرفه ومنها عبد هو رهن اذا قتل عبدا فدفع به فالعدل يبيعه بخلاف المفرد قوله
قيل لا يجبر اعتبارا للوجه الاول كذا في المبسوط وهو ظاهر الهداية لان الوكالة انما

يلزم

يلزم بسراية اللزوم من الرهن اليها اذا ثبت قصدا يعطى له حكم نفسه وهي في نفسها اعني
والمعين لا يجبر على الاعانة وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهو تعلق حق المرتهن
وهذا اصح وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد في المشروط في عقد الرهن
وفي المستانف بعد عقد الرهن يعني يجبر فيهما ويؤيد اطلاق الجواب في الجامع الصغير
والاصل فرواية الجامع الصغير رجل وضع الرهن في يد وامره ببيعه اذا حل الاجل
فحل الاجل وابى ان يبيعه والراهن غائب يجبر على بيعه ولم يفصل امره ببيعه في ضمن عقد
الرهن ورواية الاصل فان سلط العدل على بيع الرهن فابى ان يبيعه ورفعه المرتهن
الى القاضي اجبره على البيع قوله وان كان بدل الدم جواب اشكال مقدر وهو ان يقال
بان قيمة العبد ضمان الدم بدليل انه ينتقص منه عن دية الحر فاذا كان ضمان الدم والدم
ليس بمملوك له ولا يصح رهنه فكذلك بدله واستحقاق المالك اياه لا يدل على انه ضمان
الملك كالدية فالجواب انه ان كان بدل الدم فان المالك يستحقه باعتبار انه ضمان مالية
فاخذ حكم المال في حق المستحق وهو المولى بخلاف الدية لان الضمان ثمة لا يستحق باعتبار
المالية اذ ليس فيه ثبوت المالية وهاهنا المالية متحققة وهي حق المالك فيما نقل يتلف
حقه فاخذ بهذا الاعتبار حكم ضمان المال وان كان بدل الدم قوله وليس له ان يضمن غيره
اي ليس العدل ان يضمن المرتهن غير الثمن قوله نفذ البيع وصح الاقتضاء اي صح قبض
المرتهن الثمن بعد ما تبين ان الضمن البائع اي العدل قوله فاذا تبين انه ملكه اي
ملك العدل لم يكن راضيا باداء الثمن الى المرتهن قوله ان شاء رجع على الراهن بالقيمة
اي بالثمن قوله ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع
عامل للراهن مذكور في الايضاح وفي فتاوى مكان هذه المسألة وتعليلها قوله ولو
لم يسلم العدل الثمن الى المرتهن لم يرجع عليه لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع
عليه اذا قبض واذا لم يقبض بقي الضمان على الموكل وكذا ذكر البعض في الكافي للعلامة
النسفي ثم قال وذكر في الهداية ولو ان المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل
لانه في البيع عامل للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض فبقي الضمان على الموكل
المراد بالموكل وسماه موكلا لان البيع وقع لاجله وبالضمان الثمن وبالموكل الراهن
وبالضمان الدين قوله لا يرجع على المقتضي اي على القابض قوله فيكون البيع لحقه
واذا وقع لحقه وقد سلم له ذلك جاز ان يلزمه الضمان قوله وهذا يؤيد قول من لا يرى
جبر هذا الوكيل على البيع اي الوكيل الذي لم يكن وكالته مشروطة في العقد قوله
اما بالقيمة فلانه مغرور من جهة الراهن والمغرور يرجع على الغار بما لحقه من الضمان
كما يرجع المستاجر على الموجر والمودع على المودع قوله وهذا طعن ابي خازم هو

Copyright © King Saud University

بالخاء المعجمة هو عبد الحميد بن عبد العزيز قاضي بغداد كذا ذكر في المغرب قال البوخازم هذا
غلط لانه لما رجع بضمان القيمة على الراهن استقر الضمان عليه والملك المضمون يقع
لمن يستقر عليه الضمان فاذا استقر الملك للراهن تبين انه رهن ملك نفسه فصار
كما لو ضمن المستحق الراهن ابتداء فالجواب عنه ان المرتهن يرجع بالضمان على الراهن
بسبب الغرور والغرور انما حصل بالتسليم الى المرتهن فانما ملك العين من هذا الوقت
وعقد الرهن سابق عليه فلا يكون راهنا ملك نفسه فاما المستحق فانما يضمن الراهن
باعتبار قبضه السابق لا تسليمه فيملكه من ذلك الوقت وعقد الرهن كان بعده او
بالاشتغال من المرتهن اليه كما في الوكيل بالشراء كانه اشتراه من المستحق ثم باع من
الراهن وهذا لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون من وقته
ولكن لما كان مدار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهة المرتهن والمرتهن يملكه من
وقت القبض صار غاصبا فيملكه الراهن بعده من جهته فيكون ملكا للراهن متأخرا
عن عقد الرهن والله اعلم **باب** التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على
غيره فاذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف وعن ابي يوسف رح
انه نافذ كالاعتاق لانه تصرف في خالص ملكه **قوله** وينتقل حقه الى بدله هو الصحيح
وعن ابي يوسف رح ان المرتهن اذا شرط عند الاجازة ان الثمن يكون رهنا رهن
رهن والا فلا يكون رهنا لانه اذا اجاز بهذا الشرط ما رضي ببطلان حقه عن العين
الا وان يكون متعلقا بالبدل فاما اذا لم يشترط فقد سقط حقه عن المرهون والثمن
ليس بمرهون فلا يتعلق حقه به **قوله** الفسخ في رواية وهو رواية ابن سماعة عن محمد
رح لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك لانه حق قوي الا ترى ان الراهن محجور عن
التصرف فيه ويضمن القيمة والمثل كالاجنبي ويضمن العقر لو وطئ الجارية المرهونة وهي
بكر **قوله** وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه اي لا الى المرتهن **قوله** ولو اجاز المرتهن هذه
العقود اي الاجارة او الرهن او الهبة دون البيع نفذ البيع السابق والاصل فيه ان
تصرف الراهن في الرهن اذا كان يبطل حق المرتهن لا ينفذ الا باجازة المرتهن واذا اجاز
المرتهن تصرفه ينظر فيه فان كان تصرفا يصلح حقا للمرتهن ينفذ باجازة المرتهن التصرف
الذي لحقته الاجازة وان كان تصرفا لا يصلح حقا للمرتهن فبالاجازة يبطل حق المرتهن
والنفاذ يكون من جهة الراهن فينفذ السابق من تصرفات الراهن واذا كان المرتهن
اجاز اللاحق فاذا ثبت هذا فنقول المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لانه يتحول حقه
الى الثمن فان الثمن يصير رهنا عنده ويكون المرتهن احق بثمنه من الغرماء اذا
مات الراهن فيصح تعيينه لتعلق الفائدة به ولا حق للمرتهن في هذه العقود اذ لا

في الهبة

في الهبة والرهن والبدل في الاجارة في مقابلة المنفعة وحقه في البدل العين لا في المنفعة
فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع من النفاذ فينفذ البيع السابق كما لو باع المالك
من اثنين فاجاز المستاجر البيع الثاني نفذ البيع الاول لانه لا حق له في الثمن فكانت
الاجازة اسقاطا **قوله** فينفذ البيع الاول سماه اولا وان لم يكن سابقا بالنسبة الى هذه
العقود لان هذه العقود متاخرة عن البيع ويجوز ان يكون باعه من واحد ثم من
آخر ثم باشر هذه العقود واجاز المرتهن هذه العقود نفذ البيع الاول لا الثاني
وهذه العقود لرجحان الاول بالسبق **قوله** وفي بعض اقوال الشافعي رح لا ينفذ ذكر
اقواله بلفظ الجمع لان له اقوالا ثلاثة هنا فاحدها قوله كقولنا وفي المبسوط فعتق الراهن
نافذ عندنا موسرا كان او معسرا وفي قول وهو احد اقاويل الشافعي رح وفي قول آخر
يقول لا ينفذ عتقه موسرا كان او معسرا وفي قول آخر يقول ان كان موسرا ينفذ عتقه
ويضمن قيمته للمرتهن وان كان معسرا لا ينفذ لانه تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال فكان
مردودا كالبيع بل اولى لان البيع اسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ بيع المكاتب دون العتق
واذا لم ينفذ بيع الراهن رعاية لحق المرتهن فلان لا ينفذ عتقه اولى بخلاف ما اذا كان
المعتق موسرا حيث ينفذ على بعض اقواله لان حق المرتهن امكن استدراكه بايجاب
الضمان عليه وبخلاف اعتاق المستاجر لان الاجارة تبقى بعد عتقها لان المنافع عنده
ملحقة بالاعيان في حكم قبول العقد والضمان والمولى بالاجارة باع منافع العبد مدة
معلومة ثم اعتقه فتبقى الاجارة كما اذا باع نصف العبد ثم اعتق الباقي اما الحر فلا
يقبل الرهن فافترقا ولنا انه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم اذن
المرتهن كما اذا اعتق العبد المشترى قبل القبض او اعتق الآبق او المغصوب والجامع
بين الآبق والمغصوب وبين المرهون فوات يد المالك **قوله** ولا خفاء في قيام حق
الملك لقيام المقتضي وهو سبب الملك اما الشراء او الارث ونحوهما فكان الملك ثابتا
للراهن رقبة ويدا وزوال الملك يدا بتصرفه عارض الرهن والعارض يندفع بازالته
ملك اليد فيكون ملك الرقبة باقيا كما كان في ملك الرقبة كاف لصحة الاعتاق كما في الآبق
والمغصوب وغيره وقوله تصرف يلاقي حق المرتهن بالابطال قلنا الثابت للراهن
حقيقة الملك والثابت للمرتهن حقه فقضية الحقيقة تستدعي النفاذ وقضية الحق
تستدعي عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لانها اقوى على انه انما يبطل حقه
ضمنا ببطلان ملك الرقبة لانه يبطل حقا بالاعتاق قصدا كاعتاق العبد
المشترى بل اولى لان ملك الرقبة اقوى من حق المرتهن لانه لم يملك اليد والرقبة
وهذا ملك اليد فقط فاذا لم يمنع الاقوى الاعتاق فلان لا يمنع الادنى اولى

Copyright © King Saud University

اذا اعتق عبدا اخر يصح ويبطل الاجارة ضمنا له نص عليه صاحب الاسرار في طريقته وعدم
نفاذ البيع والهبة لعدم القدرة على التسليم لان يده مانعة من التسليم فالبيع كما
يفتقر الى الملك يفتقر الى القدرة على التسليم ولهذا لا ينعقد بيع الآبق والمستأجر و
الاعتاق لا يفتقر اليهما بل ينفذ اعتاق الآبق قوله واعتاق الوارث العبد
الموصى برقبته ولا يلغو هذا جواب عما يتمسك به في بعض المواضع وادعى انه يلغو اعتاق
الموصى له مع انه مالك لان ذلك يتصور فيما اذا لم يخرج من الثلث قلنا العبد كذلك
لانه يعتق عندهما في الحال وعنده يخرج الى الحرية بالسعاية وذكر في المبسوط مكان
هذا اعتاق المريض فقال اعتاق المريض عندنا لا يلغو لقيام حق الغرماء ولكن يخرج
الى الحرية بالسعاية لا محالة وهنا ايضا ينبغي ان لا يلغو الا ان هنالك هو بمنزلة المكاتب
ما دام يسعى وهنا يكون حرا وان لزمته السعاية عند اعسار الراهن لان العتق
في المرض وصية والوصية تتأخر عن الدين الا ان المعتق لا يمكن رده فيجب عليه السعاية
في قيمته لرد الوصية قوله وان كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين وفي الذخيرة
وان كان الراهن المعتق معسرا فالمرتهن ان يستسعى العبد وينظر في ذلك الى قيمة
العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى في اقلها قوله الا اذا كان
خلاف جنس حقه اى اذا كان ما حصل من سعاية العبد بخلاف جنس حق المرتهن
لا يقضي به الدين بل يطالبه بالدين حتى يكتسب الى ان يوفيه الدين قوله لان الخراج
بالضمان في المغرب الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان
اى الغلة بسبب انه ضمنه ثم سمي ما يأخذه السلطان خراجا فيقال ادى خراج ارضه
وادى اهل الذمة خراج رؤسهم يعني الجزية وعبد مخارج وقد خارجه سيده اذا اتفقا
على ضريبة يرد عليه عند انقضاء كل شهر قوله اما اذا كان الدين اجل نذكره ان شاء الله اى
في هذا الباب في مسئلة استيلاد الامة المرهونة وهو قوله بخلاف المعتق حيث
يسعى في الاقل من الدين والقيمة قوله انما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما
لتكميله وعند ابي حنيفة لان اعتاق البعض لا يكون اعتاقا للكل فيكون السعاية لتحصيل
الباقي والعبد انما يسعى في ملك عوض ما ادى فلا يرجع به حتى لا يستحق عوضين بازاء
مال واحد وعندهما اعتاق البعض اعتاق الكل فيكون السعاية لتكميله وهذا
لان الكل هاهنا اعتق على المعتق حصة ويكمل الا ان الثابت ملك الاقرار بعينه
ثابتا في حق نفاذ العتق فاما فيما عدا ذلك يعتبر الملك ثابتا للساكت مستقلا
الى العبد قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا بان هلك الرهن في يده فيكون المرتهن
مالكا من حيث المالية واما حق البائع فقط لا يصير ملكا له من جهة المشتري بحال

فلا

قوله انه تعلق حق في حال يملك التعليق فيه وهذا لانه لما ملك انشاء الرهن قبل العتق
يكون مالكا تعليق عتقه باداء السعاية فيصح اقراره بما يملك انشاءه اذ الولاية باعتبار
الملك والملك قائم فلم يعتبر تكذيب العبد قوله واذا صح التدبير والاستيلاد خرجا
من الرهن لبطلان المحلية وهذا عندنا واما عند الشافعي فالمدبر لا يخرج لانه قابل
لما هو حكم الرهن عنده وام الولد تخرج لانها لا تقبل حكم الرهن فانه لا يجوز بيعها
بالاتفاق قوله والفرق له بين الاستيلاد وبين الاعتاق ان الامومية انما تثبت
بالنسب انه لا يتوقف عنده على الدعوة بل يثبت بنفس الوطي وانه ليس بممنوع عنه
فان الرهن عنده لا يمنع من الانتفاع بالمرهون ولا يصح الحجر عن الوطي لحق المرتهن
لانه عسى ان لا تعلق فيصح الاستيلاد فلا يتوقف على اذن المرتهن بخلاف الاعتاق
فانه يوجب بطلان حق المرتهن لا محالة فمنع منه بدون اذنه قوله على التفصيل الذي
ذكرناه في الاعتاق اى فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذت
القيمة وجعلت رهنا مكانها حتى يحل الدين فاذا حل الدين اقتضاه بحقه اذا كان
جنس حقه ورد الفضل قوله بخلاف المعتق حيث يسعى في الاقل من الدين هذا هو
الذي وعد بقوله اما اذا كان الدين اجل نذكره قوله وقيل الدين اذا كان مؤجلا لم
يسع المدبر الا في مقدار قيمته لان الدين المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب عوض الرهن
الدين المرتهن فيتقدر بقدر العوض بقدر ما فوت من المعوض فاما اذا كان الدين
حالا فالقضاء واجب من مال الراهن وكسبه ملكه فيسعى في كله قوله وكذلك لو
استهلك الراهن الرهن والجواب فيه كالجواب فيما اذا اعتق الراهن الا في السعاية
لاستحالة وجوب السعاية على المستهلكة قوله والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم
هلك اى استهلك عني بقوله هذا المستهلك هذا احترازا عن استهلاك المرتهن فان
عليه قيمته يوم قبض على ما يجيء وكذلك في الهلاك يعتبر قيمته يوم قبض لا يوم هلك قوله
كانها هلكت بآفة ولا يقال بان الرهن لو كان باقيا كما كان وقد تراجع السعر و انتقصت
قيمته فانه لا يسقط من الدين شيء قلنا لان تمة العين باق كما كان وانما حصل التغير
بسبب التراجع والعين بحالها يمكن ان يصير مالية بالتراجع كما كان يوم القبض فلم يعتبر
التغير وهنا التغير الحاصل بالتراجع استقر بالهلاك فلم يبق على حال تعود مالية
كما كان فاعتبر التغير قوله وهو على صفة القيمة اى في الجنس والجودة قوله وهو مضمون
بالقيمة السابقة لا بتراجع السعر جواب اشكال وهو ان يقال لم سقط الدين بقدر
ما انتقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر
تاثير في اسقاط شيء من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر

Copyright © King Saud University

فاجاب بانه مضمون بالقبض السابق لابتراجع السعر قوله لمنافاة بين يد العارية ويد المرتهن
لان الضمان لو كان باقيا انما يكون باعتبار بقاء يد المرتهن وبقاء يد المرتهن انما يتحقق ان
لو كان يد الراهن يد المرتهن وهنا غير ممكن لان قبضه وقبض الراهن غير مضمون وبين
كونه مضمونا وغير مضمون منافاة فلا يتوب عن غير المضمون عن المضمون ولا يقال ان
يد الراهن بالاستعارة يجعل يدا مانة في حقه ويد ضمان في حق المرتهن كما في فصل العدل فان يد
العدل يد امانة في حق نفسه في المالية ويد ضمان في المرتهن فكذا هذا لانا نقول لا يمكن هنا ابقاء ضمان
الرهن باعتبار القبض لان القبض قد انتقض وانما يجعل باقيا حكما باعتبار اليد كما اذا امكن جعل يد
الراهن يد المرتهن وذلك غير ممكن لمنافاة بين اليدين لان يد الراهن يد الحبس عن المالك وبين
الاعارة يد الاستعمال للمالك وبين الحبس عن المالك وبين ثبوت يد الاستعمال للمالك تناف ولا تحقق
هذه المنافاة في فصل العدل لان يد العدل يد حبس عن المالك كما ان يد المرتهن يد حبس
عن المالك فلذلك المنافاة قوله سقط حكم الضمان لما قلنا اي من المنافاة بين يد العارية ويد
الرهن قوله وهذا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من الاجنبي حيث يبطل من الاجنبي لانه
اعار المرتهن الرهن من الراهن او اجره منه او اودعه عنده كان للمرتهن ان يسترده و
الاجارة باطلة كذا في فتاوى قاضيخان وغيره قوله لتبوت يد العارية بالاستعمال و
بها الغير لبيد الرهن لان يد العارية غير مضمون وقبض الرهن مضمون فاذا ثبت يد العارية
بالاستعمال انتفى الضمان قوله لما بيناه اي من مخالفة يد الرهن يد العارية قوله وهو قضاء
الدين فانه لو استاذن ان يقضي دينا عليه بما له كان صحيحا وكذا اذا تبرع انسان بقضاء دين
غيره فاذا جاز ان يجب له ملك اليد بايقاء غير المديون من ماله بطريق التبرع يجوز ان يثبت
له ملك اليد بالرهن ايضا قوله ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن
اي يجوز ان يثبت له ملك اليد دون ملك العين كما ينفصل بقاء الا في حق البايع اي كما يجوز
ان ينفصل ملك اليد عن البايع دون ملك العين بان باع بشرط الخيار وسلم الى المشتري
فان البيع لا يملكه قوله والاطلاق واجب الاعتبار يعني اذا اطلق الاعارة في الرهن ولم
يسم ما يرهنه به بعشرة او بتسعة او بدراهم او بدنانير ومن دينه او من عمر وكان للمستعير
ان يعمل بموجب الاطلاق خصوصا في الاعارة لان مبناها على المسامحة فلا يجري فيها
المضايقة فالجهالة فيها لا تفضي الى المنازعة فان من استعار دابة له ان يركب بنفسه و
له ان يركب غيره وله ان يحمل عليها ما شاء قوله وهو ينفي الزيادة اي يعين المعير بان يرهن المستعير
بقدر من المال ينفي الزيادة لان غرض الاحتياج باعتبار اداه عليه على المستعير و ينفي
النقصان ايضا لانه ربما يرضى المعير بان يصير المرتهن عند الهلاك مستوفيا للاكثر ليرجع
هو على المستعير بذلك فاذا رهنه باقل بحسب الهلاك انما يرجع على المستعير بذلك القدر

ثم يحصل

ثم يحصل عن ضده قوله يتيسر البعض بالاضافة الى البعض يرجع الى التقييد بالجنس اي قد
يتيسر على المعير وعلى المستعير اداء جنس ويتفاوت الاشخاص في الامانة يرجع الى التقييد بالرهن
وقوله والحفظ الى التقييد بالبلد قوله وقد بيناه في الاستحقاق اي في استحقاق الرهن
قبل هذا الباب قوله ووجب مثله لرب الثوب على الراهن اي مثل ما سقط عن الراهن
بهلاك الثوب قوله على ما بيناه وهو قوله لانه صار قاضيا دينه بماله وقوله لما بينا راجع
الى هذا ايضا قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفتكه جبرا عن الراهن جبر المرتهن
المرتهن بلفظ محمد رحمه الله في هذه المسئلة حتى اعسر الراهن ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله
والامام البزدوي لم يكن للمرتهن ان يمنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه بخلاف ما اذا تبرع
اجنبي بقضاء الدين فطلب الدين ان لا يفتكه منه لانه متبرع لانه لا يسعى في تخليص ملكه اذ تبرع
ذمته قوله وهنا يرجع على الراهن بما ادى لانه كان ما اداه بقدر المضمون لا اكثر منه
لانه ذكر في الايضاح وفي فتاوى قاضيخان فان عجز الراهن عن الانفكاك فافتكه المالك
يرجع بقدرها بهلاك الدين ولا يرجع باكثر من ذلك بانه اذا كانت قيمة الرهن الفا وهنه
بالفين فافتكه المالك يرجع بقدرها بهلاك الدين به وهو الالف فلا يرجع باكثر من الالف
لانه لو هلك الرهن لم يضمن الراهن المرتهن اكثر من الالف لانه لو هلك الرهن لم يضمن
للمعير اكثر من ذلك فكذا اذا افتكه كان متبرعا بالزيادة فان قيل هو لا يتوصل الى تخليص
ملكه الا بايفاء جميع الدين فلم يكن متبرعا قلنا الضمان انما وجب على المستعير باعتبار ايفاء
الدين من ملكه فكان الرجوع عليه بقدر ما تحقق به الايفاء قوله ولو اختلفا في ذلك اي
المعير والمستعير بانه قال المعير هلك في يد الحبس وقال المستعير وهو الراهن هلك قبل
الرهن او بعد الانفكاك فالقول قول المستعير وهو الراهن مع يمينه لان الضمان انما
يجب على المستعير بايفاء الدين منه وهو ينكر الايفاء فان قيل قد صار مضمونا عليه
بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالانفكاك فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة كالغاصب
يدعي رد المغصوب قلنا الرهن والضمان ابتا في الاستيفاء ولكن حقيقة الاستيفاء
بالهلاك فاذا انكر الهلاك في يد المرتهن فقد انكر الايفاء به حقيقة والضمان بناء
عليه فكان منكرا للضمان قوله كما لو اختلفا في مقدار ما امره بالرهن به هكذا في النسخ
ولكن الصواب ولو اختلفا في مقدار ما امره بان يوضع ولو كان كما لو في لفظ الكتاب
الغرض اذ في الاول القول للراهن وهو المستعير وفي الثاني القول قول المعير فكيف يصح
التشبيه الا ان يقال التشبيه في الانكار دون غيره نظرا الى كون المنكر معيرا او مستعيرا او لانه
في انكار اصل العارية بتاويل عقد العارية قوله يضمن قدر الموعود اي المرتهن للراهن
قوله لما بينا اشارة الى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه بقوله لان الموعود جعل كالموجود

باعتبار الحاجة قوله لان سلامة مالية الرهن باستيفاء كل الحاجة بيانه ان الدين الموعود كالموجود
فلو كان الدين موجودا وهلك الرهن في ضمان المرتهن سلم للراهن مالية الرهن بسبب
براءة ذمته عن الدين وفي الموعود اذا هلك الرهن في يد المرتهن يضمن المرتهن للراهن
المسمى من الدين فاذا استوفاه من المرتهن وهو مالية الرهن سواء يصير الراهن مستوفيا
مالية الرهن بواسطة الاستيفاء وفي فصل السلامة بواسطة البراءة يرجع المعير بمثله على
الراهن فكذلك في فصل السلامة بالاستيفاء قوله لان الحق قد تعلق برقبته اي حق المرتهن
تعلق بمالية الرهن برضى المعير فقد استهلكه بالاعتاق فصار كما لو استهلكه بالاتلاف وهو
في هذا الحكم كاجنبي آخر فيضمن قيمته ثم يردها على المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين
ولو اخذ المعير الرهن من المرتهن ثم استرده المرتهن كان رهنا عنده الى ان يقبض دينه
فاذا قبض يرده على المعير كذا هنا قوله لانه قد برئ عن الضمان حين رده اي ضمان التعدي
بالاستخدام والركوب لا ضمان قضاء الدين فان المعير يرجع على الراهن بضمان قضاء الدين
لان الراهن صار قاضيا الدين لما هلك الرهن في يد المرتهن يرجع بما ادى المعير من الدين
لان الرهن لما هلك في يد المرتهن يصير مستوفيا حقه من مالية الرهن بقدر ما في الرهن
ما اقتضاه من الدين لئلا يتكرر الاستيفاء فاذا وقع الاستيفاء بمالية الرهن يرجع المعير
على الراهن بمالية الرهن في قدر ما وقع فيه الايفاء قوله فانه كان امينا خالف ثم عاد الى
الوفاق فان قيل ليس له المستعير اذا خالف بمجاوزة المكان لم يبرأ عن الضمان ما لم يصل
العين الى المالك وههنا مستعير قد خالف فكيف برئ عن الضمان قبل وصول المال الى صاحبه
قلنا ثم يد المستعير يد نفسه فبالعود الى المكان المشروط لا يصير رادا العين على المالك
لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع لان يده كيد المالك فبالعود الى الوفاق يصير رادا عليه
حكما وما نحن بصدده نظير مسألة الوديعة لان تسليط المرتهن يرجع الى تحقيق مقصود
المعير حتى لو هلك بعد ذلك يصير دينه مقضيا فيستوجب المعير الرجوع على الراهن قبله
مكان ذلك بمنزلة الرد عليه حكما فلهذا برئ من الضمان قوله بخلاف المستعير
بخلاف ما اذا استعار عينا لينتفع بها فخالف ثم عاد الى الوفاق لم يبرأ عن الضمان قوله و
جناية الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم والمعنى من المحترم هو
ان يكون عينه ممنوعا عن الابطال قوله ومعناه ان يكون الضمان على صفة الدين فان كان
الدين دراهم او دنانير اما اذا كان الدين مكيلا فلا يسقط قوله والمراد بالجناية على
النفس ما يوجب المال وهي ما اذا كانت الجناية خطأ في نفس او فيما دونها اما الجناية
الموجبة للقصاص فمعتبرة اما على المرتهن فلا اشكال واما على الراهن فلان المستحق بها دمه
والمولى منه كاجنبي آخر الا ترى ان اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص صحيح و

بالموجبة

بالموجبة للمال باطل قوله اما الوفاقية وهو جناية الرهن على الراهن فلانها جناية المملوك على المالك
الا ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه فانها تعتبر عند ابي حنيفة
مع ان المغصوب مضمون على الغاصب كما ان الرهن مضمون على المرتهن لان الملك عند
اداء الضمان يثبت على الغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فتبين انه لعبد جنى على غير مالكه
فاعتبرت فاما ضمان الرهن وان تقرر على المرتهن فلا يوجب الملك له في العين فلهذا لو مات كان
الكفن على الراهن فلا يتبين به ان جنايته كانت على غير مالكه فلهذا كانت هدرا فالحاصل ان
المرهون من حيث انه مضمون المالية كالمغصوب ومن حيث ان عينه امانة كالوديعة فباعتبار
انه كالامانة من وجه يجعل جنايته على المالك هدرا وباعتبار انه كالمغصوب يجعل جناية
الضمان هدرا قوله واما الخلافية اي في جناية الرهن على المرتهن ان الجناية حصلت
على غير مالكه وفي الاعتبار فائدة لان موجب اعتبار الجناية الدفع وللمرتهن غرض صحيح في
تملك العبد وان سقط دينه فوجب ان يعتبر ربما يكون بقاء الدين مع التزام الفداء انفع
له ففي اثبات الجناية له توفير النظر عليه وبه فارق ما لو جنى على مال المرتهن لانه لا منفعة
للمرتهن في اعتبار تلك الجناية فانه لا يستحق بها الملك ولكن المستحق بالدين مالية العبد باع
بيعه وذلك مستحق له بدينه فلا فائدة في اعتبار تلك الجناية فانه لا يستحق بها الملك ولكن
المستحق بالدين مالية العبد ببيعه وذلك مستحق له بدينه فلا فائدة في اعتبار جنايته على ماله
فلهذا لا يعتبر ثم اختار الراهن والمرتهن ابطال الرهن اي بالدفع وهذا التفريع على قولهما قوله
وله ان هذه الجناية لو اعتبرناها فالمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانه مخاطب هو ان يفع
بالدفع او بالفداء كالراهن فيما كان بحكم الدفع او الفداء له وعليه في حق شيء واحد بسبب جناية
واحدة والعقل استحالها فلا يفيد ذلك لان المرتهن في الرهن اذا كانت قيمته مثل الدين
بمنزلة المالك في حكم جنايته الا ترى انه لو جنى على غيره كان الفداء على المرتهن بمنزلة ما لو كان
مالكا فكذا في الجناية عليه يجعل كالمالك فلا يعتبر جنايته عليه وهذا لان اصل حق المجني عليه
في بدل الجنايات هو الدفع لا الارش الا ان للمولى ان يخلص نفسه من ذلك بدفع العبد اليه ولا
يمكن اعتبار جنايته على المرتهن في استحقاق اصل البدل لانه لو وجب ذلك كان اداؤه عليه
كالجناية على نفسه او ارش الجناية ولا يمكن اعتبار جنايته لمنفعة ثبوت الملك له في العبد
فان ذلك لا يكون الا باختيار الراهن والراهن لا يختار ذلك خصوصا اذا لم يكن عليه من
الفداء شيء فصار هنا جنايته على مال المرتهن سواء وكان بمنزلة جناية الراهن وهناك
تبرع بين جنايته على نفسه وماله فكذا في جنايته على المرتهن قوله واصله ان نقصان السعر لا يوجب
سقوط الدين حتى لو كان الرهن على حاله ونقص سعره فالراهن يطالب بجميع الدين عند
رد المرتهن الرهن الى الراهن قوله وذلك لانه لا يعتبر في البيع يعني اذا تغير سعر المبيع قبل

Copyright © King Saud University

القبض لا يثبت الخيار للمشتري ولا في الغصب يعني لا يعتبر نقصان السعر في الغصب قوله حتى لا
يزاد على دية الحر بقيمته قوله كان مقابلا بالالف وقوله لان المولى استحقه دليل قوله لانه علة
الالف قوله او نقول لا يمكن ان يجعل مستوفيا الف الدين بمقابلة مائة الرهن وهي المالية التي
عنها الحر بقبل الرهن فيجعل رهنا مكان العبد المقتول لان المائة لا يجوز ان يكون بمقابلها
اكثر من مائة فلذلك لا يتصور استيفاء جميع الدين بمقابلة المائة فلهذا لو كان القاتل
عبدا قيمته مائة ودفع مكانه يكون رهنا بالف درهم كالاول عندنا على ما يجيء من ذلك لا يجوز
ان يكون بمقابلة الف درهم شيء فكذلك حسابا بالدين ويتوهم استيفاء جميع الدين بمالية
بان يزداد قيمته حتى ان الحر القاتل لو غرم بقيمته عشرة دنانير فانه يستوفي جميع الدين باعتبار لا
يتوهم استيفاء جميع الدين منه بان يعتبر الدنانير حتى يبلغ قيمة هذه الدنانير الف درهم
قوله وان كان امر الراهن ان يبيعه فباعه بمائة ان كان موضوع المسئلة ان سعره تراجع
الى مائة فظاهر لانه باعه بمثل قيمته فيصح بالاجماع وان كان موضوع المسئلة انه لم ينقص
سعره صح البيع ايضا عند ابي حنيفة رح ويصح عندهما ان قال بع ما شئت واذا صح البيع صار
المرتهن وكيل الراهن لما باعه باذنه وصار كان الراهن استرده وباعه بنفسه ولو
كان كذلك يبطل الرهن ويبطل الدين الا بقدر ما استوفى كذا هنا قوله وان قتله عبد
قيمته مائة اي قتل العبد الذي يساوي الفا وهو رهن بالف ولم يتراجع سعره فدفع مكانه
افتكه بجميع الدين من غير خيار عند ابي حنيفة وابي يوسف رح وقول محمد رح مر ذكره
في الكتاب على هذا الخلاف اذا قتله بعدما تراجع سعره الى مائة ودفع به وهنا فصول
اربعة احدها ان ينقص سعره وعينه قائم والثاني ان يقتله حر بعدما تراجع وغرم قيمته
وفيها خلاف زفر رح والثالث ان يأمر الراهن ببيعه فباعه بمائة وهذا الفصل بالاتفاق
والرابع ما اذا قتله عبد قيمته مائة فدفع به وفيه خلاف محمد مذهبه رح قوله كالبيع اذا قتل
قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب اي اذا قتلهما عبد ودفع مكانهما وانما قيد
فيهما بالقتل لان سعرهما لو نقص عما كانا عليه وقت البيع والغصب لا خيار للمشتري وللمغصوب
منه بل يأخذهما من غير خيار اما لو قتلهما عبد فدفع مكانهما فيتخير المشتري بين ان يأخذ
بكل وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع وفي الغصب يتخير المغصوب منه بين ان يأخذ المدفوع
وان كان مكانه وبين ان يطالب الغاصب بقيمة المغصوب قوله واذا قتل العبد الرهن قتلا
خطأ فضمان الجناية على المرتهن اي اذا كانت قيمة العبد والدين سواء لان العبد في
ضمانه فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فاذا فداه كان رهنا على حاله ولا يرجع على الراهن
لانا لو خاطبنا الراهن من الجناية لخيار الدفع فيمتنع المرتهن من ذلك لان له ان يقول
انا افديه حتى اصلح رهني فصار كالهلاك والجامع زوال ملك الراهن عن الرهن في ضمان المرتهن

قوله كالحاصل

قوله كالحاصل له بعوض كان في ضمان المرتهن وهو الفداء واذا كان على المرتهن فداؤه الراهن
يجب للراهن على المرتهن مثل ما ادى الى ولي الجناية وللمرتهن على الراهن دين فالتقيا
قصاصا وسلم الرهن للراهن ولا يكون الراهن متبرعا في اداء الفداء لانه في تخليص ملكه كغيره
الرهن قوله لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وحق ولي الجناية اي على حق ولي الجناية
مقدمة على حق المولى بدليل انه لو استهلك مالا يباع فيه ولا يؤخر الى ان يعتق ويقدم على
ولي الجناية لانه وان دفع الى ولي الجناية لكن اذا بيع لم يبق الدفع انه علم ان الدين كان مقدما
حقيقة واذا كان دين العبد مقدما على حق المولى فلان يكون مقدما على حق المرتهن كان
اولى لان للمولى حقيقة الملك وللمرتهن اتصال حق بمالية العبد وانما تقدم حق المرتهن
على حق المولى فيما اذا كان بين المولى والمرتهن لان المولى اثر المرتهن على نفسه اما ههنا الكلام
في حق الثالث معهما بسبب دين ثبت له في رقبة العبد قوله والدفع لا يجوز في الجناية من
من المرتهن لما بينا وهو قوله لانه لا يملك التمليك قوله وان تشاحا بان قال المرتهن انا افدي و
قال الراهن انا ادفع او على العكس فالقول لمن قال انا افديه راهنا او مرتهنا وذلك لان الراهن
اذا قال انا ادفع فالراهن بالدفع يسقط حق المرتهن بقوله انا افدي لا يسقط حق الراهن بل
يحفظ حق نفسه من غير اضرار بالراهن فلذلك كان اختيار المرتهن الفداء اولى فاما لو قال
الراهن انا افدي فقال المرتهن انا ادفع فقال للمرتهن فليس الدفع الى المرتهن ولا فائدة ايضا في اختيار الراهن
الدفع لانه لا يسقط دينه بالدفع كما يسقط بالفداء وفي الدفع اسقاط حق الراهن في الرقبة وله غرض
صحيح في استيفاء الرقبة بالفداء فكان اختيار المرتهن الدفع تفويت غرض للآخر من غير فائدة فلا يعتبر
قوله لو محبوس بدينه وله في الفداء غرض صحيح وهو زيادة التوثق لاستيفاء دينه قوله وهذا مروي
عن ابي حنيفة رح انه لا يرجع مع الحضور وفي المبسوط وابو حنيفة رح يقول المرتهن لحد من يطالب
بالفداء في هذه الحالة فلا يكون متبرعا فيه كالراهن هذه النكتة لا تقتضي ان لا يكون متبرعا حالة
الحضرة وروي عنه على عكس هذا لانه لا يصير متبرعا حالة الحضرة ويكون متبرعا حالة الغيبة
لان المرتهن لا يخاطب بالدفع حالة غيبة الراهن ولا يمكنه الا الفداء فيكون متبرعا في
الفداء وحالة الحضرة فالمخير عليه يخاطبهما بالدفع او الفداء فلا يتوصل الى الخلاص الا بالفداء
فلا يكون متبرعا كصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى العلو عليه لا يكون متبرعا ههنا تمثل قوله
وسفيان القولان اي قول ابي حنيفة رح وقول غالب الفقهاء وهو ما ذكر بعد هذا الخطوط في قوله
ولو كان المرتهن يدعي والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا
قول ابي حنيفة رح الآخر قوله لان سقوط الدين امر لازم لانه فداه او دفع لان موجب
الجناية الدفع او الفداء وعلى التقديرين يسقط الدين على ما ذكر في الكتاب الا ان اخذ
الدفع يسقط الدين لانه استحق المعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك لو فداه

Copyright © King Saud University

الجيد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء فيكون السقوط من اللوازم فلم تتمكن الراهن
من الخروج عن موجب الجناية الا بسقوط دينه فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا لانه
نفسه تطهير ملكه عن الجناية وهو محتاج الى ذلك فلا يكون متبرعا في نصيب المرتهن
كمعير الرهن اذا قضى الدين ثم ان رد عليه المرتهن نصف الفداء بقي مرهونا كما لو فداه ثم
وان ابى ذلك ونصف الفداء مثل الدين او اكثر فقد خرج من الرهن لان المرتهن حين
ابى الفداء رضي بدوامه فيجعل في حقه كانه هلك **قوله** وان غايبا لم يكن متطوعا ذكر القيد
مطلقا وكذا في الايضاح والمبسوط وشرط في الاسرار ان يكون الغيبة منقطعة **قوله** الا
انه بعض العلماء بالايفاء الحكمي لان موجب عقد الرهن يتضمن الاستيفاء حكما وانما
الايفاء الحقيقي جاء اي عقد الرهن وهذا كالراهن اذا باع لا ينفذ بيعه لحق المرتهن
فان قضى الراهن دينه نفذ البيع والله اعلم **فصل** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته
عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة ذكر صاحب المحيط هذا اذا لم
ينتقص من الوزن شي فاما اذا انتقص سقط من الدين بقدر النقصان ويكون رهنا
بما بقي من الدين وقوله ثم صار خلا يساوي عشرة هذا القيد وقع اتفاقا لان انتقاص القدر
لا يوجب سقوط شي من الدين اذا بقي القدر على حاله كما لو انكسر القلب وبقي الوزن على
حاله **قوله** وهو محل له بقاء ذلك لان الخمر مال الا انه ليس بمتقوم فالنظر الى جهة المالية
يقتضي المحلية وبالنظر الى انه ليس بمتقوم يقتضي انعدام المحلية فعملنا بالشبهين فقلنا
بانه ليس بمحل ابتداء وانه محل بقاء ولم نقل بالعكس لانه لما يكون محلا للابتداء فهو محل للبقاء
فان البقاء اسهل من الابتداء فلا يمكن اعتبار الشبهين **قوله** فصار يساوي درهما فهو رهن
بدرهم هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما واما اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن
درهمان كان الجلد رهنا بدرهم وانما يعرف ذلك ان ينظر الى قيمة الشاة حية والى قيمتها مسلوخة
فاذا كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة تسعة علم ان قيمة الجلد درهم يوم الرهن
لانه بازاء كل درهم من الشاة درهم من الدين فيسقط من الدين تسعة ويبقى الجلد رهنا
بدرهم واذا كانت قيمتها حية عشرة وقيمتها مسلوخة ثمانية علم ان قيمة الجلد ههنا
بدرهمان وانما وجب النظر الى قيمة الجلد واللحم يوم الارتهان لا يوم الدباغة لان الاصل
ان قيمة الرهن انما تعتبر يوم الارتهان هذا الذي ذكرنا فيما اذا كانت قيمة الشاة مثل
الدين اما اذا كانت قيمة الشاة اكثر من الدين بان كان قيمة الشاة عشرين وقد دبغ الجلد
فانه ينظر الى قيمة الجلد والى اللحم يوم الارتهان فان كانت قيمته يوم الارتهان درهما بان
كانت قيمتها حية عشرين ومسلوخة تسعة عشر علم ان قيمة الجلد يوم الارتهان كانت
درهما فقد ذهب من الدين ابلغه والجلد رهن بستة لان الخمسة من الدين كانت باقية

ويقابلة

ويقابلة الخمسة الاخرى من الدين كانت الشاة مرهونة فلما مات الشاة رهنت بما رهنت
وهي الخمسة وقد عاد من الساقط بقدر مالية الجلد بالدباغة وهو درهم وكل جزء من
الرهن محبوس بجميع الدين فلهذا كان الجلد مرهونا بما بقي من الدين وهو ستة ولم يعد
ابلغه لانها كانت بازاء اللحم ولم يزل التوى عن اللحم وقد كان بقي عليه من الدين خمسة وكان
الباقي من الدين ستة فصار الجلد رهنا بستة مضمونا بدرهم فاذا هلك الجلد بعد ذلك
هلك بدرهم واحد فرجع على الراهن بالخمسة الباقية من الدين ثم هذا الذي ذكره
محمد ان الجلد يصير رهنا بما يخصه من الدين لا يشكل اذا حصل دبغ الجلد من المرتهن
بشي لا قيمة له بان ترب او شمس لانه في هذه الحالة لا يستحق بسبب الدباغة على الراهن
شيا حتى يستحق حبس الجلد فاما اذا حصل الدبغ بما له قيمة ثبت للمرتهن حق حبس الرهن
بما زاد الدبغ فيه كما لو غصب جلد ميتة فدبغه بشي له قيمة واذا استحق الحبس بدين حادث
وجب له على الراهن هل يبطل الاول ام لا قال الفقيه ابو جعفر رحمه الله فيه قولان في احدهما يبطل
فيصير الجلد رهنا بقيمة ما زاد الدباغ فيه حتى لو ادى الراهن قيمة ما زاد الدباغ فيه اخذ
الجلد لانه صار مرهونا بالدين الثاني حكما ولو صار مرهونا بالدين الثاني
حقيقة بان قال الراهن جعلته رهنا بالدين الحادث ينفسخ الاول فكذا اذا صار مرهونا
به حكما وفي القول الاخر لا يبطل لان الاصل عندنا ان الشي انما يبطل بما هو مثله او فوقه
ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بالف ينفسخ بالبيع بالف وخمسماية لان مثله لا ينفسخ بالرهن
والاجارة لانه دونه والرهن الثاني ههنا دون الاول لانه انما استحق الجلد بالمالية التي
اتصلت بالجلد بحكم الدبغ وتلك المالية تبع للجلد لانه وصفه والوصف تبع الاصل والرهن
الاول انما هو اصل بنفسه وليس تبع لغيره فيكون اقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني
ويثبت الثاني ايضا لان سببه قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن **قوله** و
يكون رهنا مع الاصل على معنى انه يحبس كما يحبس الرهن **قوله** والرهن حق لازم فيسري
اليه ومعنى قوله حق لازم اي متاكد بحيث لا احدنا ينفرد قبل التاكيد هو ان الراهن لا يملك
ابطاله بخلاف حق ولي الجناية في الامة الجانية حيث لا يسري الى الولد لانه ليس بمتاكد في
الجارية حتى ينفرد المالك من ابطاله بالفداء والاصل في هذا هو الجاري على السنة الفقهاء
تفقدهم الاوصاف القارة في الامهات تسري عن الاوصاف القارة في الامهات فيسري
الى الولد وقال الشافعي رحمه الله النماء ليس بمرهون وبه قال مالك رحمه الله لان الثابت بالرهن حق
البيع في الدين عنده وهذا ليس بحق متاكد في العين فلا يسري الى الولد كحق الوكالة و
لا يقال يشكل بالجارية الموصى بخدمتها اذا ولدت لا يسري حق الموصى له بالخدمة الى
الولد مع كان حق الموصى له لازما لانا نقول حق الموصى له في المنفعة لا في العين الا انه لا

Copyright © King Saud University

لا يتوصل الا ان يكون العين محبوسا عنده فكان تعلق حقه بالعين باعتبار الضرورة فلا يتعدى
موضع الضرورة كالمستأجر اذا ولدت لا يسرى حق المستأجر الى الولد فكذا هذا قوله
لانها لم يدخل تحت العقد الا بالاوصاف والاتباع لم يدخل تحت العقد الوارد على الاصل
مقصودا فلا يكون لها قسط مما يقابل بالاصل فان قيل ينتقض باروش اطراف الرهن فانها
تبع للرهن ومع ذلك يكون في مقابلتها شيء من الدين المقابل بالاصل حتى يسقط من
الدين اذا هلك الارش في يد المرتهن بقدره قلنا الاطراف اذا وجب فيها حتى يكون
مقصودا فكان الطرف مقصودا بواسطة الفعل الحسي فيكون الارش وهو ما يجب بدله
عن ماليته مقصودا كذلك فلا يرد ذلك نقضا علينا والزيادة يصير مقصودة بالفكاك
وذلك لان الزيادة لا تصير مقصودة الا بفعل حسي كما ذكرنا ولا فعل هاهنا سوى الفكاك
مقصودة فاذا صار مقصودا لا بد من القول بان في مقابلته شيئا اذ لو لم يكن في مقابلته
شيء لما كان للبقاء فائدة والشرع منزه عن مثله وانما قلنا بان الرهن باق فيه لانه
كان رهنا في ضمن الام وبموت الام لا يبطل الرهن بل يبقى والشيء اذا انتهى تقرر واذا
تقرر الرهن في الام يبقى في الولد كما كان اذ التبعية فيهما انما كانت حكما لا حسا واذا كانت
التبعية حكما يبقى كذلك تبع الاصل حكما وان مات حسا كولد المبيعة قبل القبض اذا
ماتت المبيعة يبقى البيع ببقاء الولد والبيع انما يثبت في الولد بطريق التبعية بدليل ان
الولد لو مات عند البائع لا يسقط من الثمن شيء ثم اذا بقي الرهن في الولد يعتبر قيمته
يوم الفكاك لان الولد انما يصير في مقابلته من مقابلة من الدين شيء يوم الفكاك قوله
والبيع يقابله شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع لا يكون لولد المبيع حصة من الثمن الا اذا صار
مقصودا بالقبض قوله فما اصاب الام سقط من الدين لانه لا يقابل بالاصل مقصودا وما
اصاب النماء افتكه الراهن لما ذكرنا اي لكونه مقصودا بالفكاك تفسيره اذا كانت قيمة الاصل
الفا والولد يساوي الفا والدين نصفان في الظاهر فان مات الولد ذهب بغير شيء ويبقى
الدين بازاء الام فان ماتت الام وبقي الولد فانه افتكه بنصف الدين وان هلك الولد بعد
موت الام ذهب بغير شيء وذهب كل الدين بموت الام قوله ولا يسقط شيء من الدين لانه
اتلفه باذن المالك يعني في الذخيرة اذا حلب المرتهن الشاة التي هي رهن باذن الراهن
فشربه فلا ضمان عليه ولا يسقط شيء من الدين ولو فعل ذلك بغير اذن الراهن وجب
عليه الضمان ويكون رهنا عند المرتهن محبوسا بالدين مع الشاة وكذلك لو فعل الراهن
ذلك بنفسه بغير اذن المرتهن ضمن قيمته ويكون القيمة رهنا عند المرتهن مع الشاة
ثم التقييد بالشاة انما يظهر فائدته في وجوب الضمان اذا حلبها بغير اذنه حتى ان الراهن
لو كان امة فارضعت صبيا للمرتهن بغير اذن الراهن لم يحتسب لان لبن الادمي لا قيمة له

قال

قال ويجوز الزيادة في الرهن بان رهن ثوبا بعشرة قيمته عشرة ثم زاد الراهن ثوبا اخر ليكون
رهنا مع الاول بعشرة ولا يجوز الزيادة في الدين عند ابي حنيفة ومحمد رح وهو القياس
اي اذا رهن ثوبا آخر ليكون عبدا بالف ثم حدث للمرتهن دين آخر بالشراء او الاستقراض
فيجعلان الرهن بالدين القديم رهنا به وبالدين الحادث فانه لا يصير الرهن الاول رهنا
بالدين الحادث عندهما بل يكون كل الرهن بمقابلة الدين السابق قوله والخلاف معهما في
الرهن اي في زيادة الرهن والمنكوحة اي في زيادة المنكوحة بان تزوج المولى امته من رجل
بمهر معلوم ثم تزوج امة اخرى منه بذلك المهر وقبل التزوج يصح ويقسم الالف عليهما قوله
وقد ذكرناه في البيوع اي في الفصل الذي ذكره في باب المرابحة والتولية قوله ولابي يوسف رح
في الخلافية الاخرى وهو قوله وقال ابو يوسف يجوز الزيادة في الدين ايضا قوله ان
الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن حتى يكون الرهن محبوسا بالدين
مضمونا في الدين ايضا قوله ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن كالثمن
حتى يكون الرهن محبوسا بالدين مضمونا به كالمبيع بالثمن ثم الزيادة في الرهن ملحقة
باصل العقد وكذا الزيادة في الدين كالزيادة في المبيع والثمن قوله والجامع بينهما الالتحاق
باصل العقد للحاجة والامكان الزيادة في الثمن انما يصح بالتحاقها باصل العقد فانه
لولا ذلك لما صحت الزيادة ثمنا فكذا الزيادة في المبيع يصح بهذا الوصف ايضا والدين مع
الراهن كالثمن مع المبيع ويجوز الزيادة في الرهن بالتحاق الزيادة باصل العقد و
كذا الزيادة في الدين بجامع الحاجة والامكان فان الحاجة تمس الى الزيادة في الدين كما
تمس الى الزيادة في الرهن بان يكون في مالية الرهن فضل على الدين ويحتاج الراهن
الى مال آخر فيجعلانه رهنا بهما واما الامكان فلان العقد بعد الالتحاق يتغير من
وصف مشروع الى وصف مشروع بان يصير قيمة الرهن مثل الدين او اقل فانه مشروع
في الابتداء فكذا في الانتهاء ولهما ان الزيادة في الدين يؤدي الى الشيوع في الرهن لان
بعض الرهن يفرغ من الدين الاول ليثبت فيه ضمان الدين الثاني فيبقى حكم الاول في
البعض شائعا والشيوع في الرهن يمنع صحة الرهن واما الزيادة في الرهن فيؤدي
الى الشيوع في الدين لان بعض الدين يتحول ضمانه من الرهن الاول الى الثاني و
الشيوع في الدين لا يضر كما لو رهن بنصف الدين رهنا قوله ولا التحاق باصل العقد غير
ممكن في طرف الدين جواب لابي يوسف رح في قوله والامكان لان الالتحاق باصل العقد في
المعقود عليه او المعقود به والدين ليس بمعقود عليه ولا معقود به لان المعقود به
ما يكون وجوبه بالعقد والدين كان واجبا قبل عقد الرهن بسببه ويبقى بعد فسخ
الرهن فلا يمكن اثبات الزيادة فيه ملحقة باصل العقد واما الرهن فمعقود عليه لانه

لم يكن محبوسا قبل عقد الرهن ولا يبقى محبوسا بعد عقد الرهن فالزيادة في الرهن زيادة
في المعقود عليه فيلحق باصل العقد والثمن يجب بالعقد فيكون معقودا به فوضح الفرق
قوله ويسمى هذه الزيادة في الرهن زيادة قصدية بخلاف نماء الرهن فان ذلك
زيادة في الرهن ليست بقصدية بل هي زيادة ضمنية وتخلفان حكما ايضا فان الدين
نقسم على قيمة الزيادة في الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك **قوله** واذا ولدت
المرهونة ولدا رهنت امة بالف وقيمتها الف وولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الام
تلد المرتهن مع الولد عبدا يساوي الفا بان قال خذ ذلك هذا العبد مع الولد فالعبد
رهن مع الولد فينظر الى قيمة الولد يوم الفكاك والى قيمة الام يوم العقد فما اصاب
الولد قسم على قيمته يوم الفكاك وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت لانها دخلت في ضمانه
بالقبض فان مات الولد بعد الزيادة بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج عن
العقد فصار كان لم يكن فبطل الحكم في الزيادة **قوله** ولو كانت الزيادة مع الام بان قال
خذ ذلك هذا العبد مع الام نقسم الدين على قيمة الام يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم
القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى ولدها لان الزيادة اذا دخلت على الام فكانها
كانت في اصل العقد فيكون الولد داخلا في حصة الام خاصة فان ماتت الام بعد
الزيادة ذهب ما كان فيها وبقي الولد والزيادة بما فيهما لان بهلاك الام يتقرر الضمان
فلا يبطل الحكم في الزيادة بخلاف الزيادة في الولد ولو مات الولد بعد الزيادة ذهب
بغير شيء فكان العبد رهنا في الام والولد معها **قوله** ما دام الدين باقيا هذا احتراز
عن الابراء على ما يجيء فان الابراء يرفع الضمان ما لم ينقض العتق بالرد الى الراهن
حتى لو هلك هلك بغير شيء **قوله** لان الرهن تبرع كالهبة على ما بيناه من قبل اي في
صدر كتاب الرهن في تعليل ان تمام الرهن بالقبض **قوله** فان الجياد امانة في
يده ما لم يرد الزيوف لا يقال لا ان حقه في الجياد دون الزيوف فينبغي ان يكون الزيوف
امانة دون الجياد لانا نقول لما قبض الزيوف وقع الاستيفاء لاصل حقه ولكن
فات الوصف ولهذا لو تجوز تم الاستيفاء فاذا حصل بقبض الزيوف اصل الاستيفاء
يكون الجياد امانة ضرورة لئلا يتكرر الاستيفاء **قوله** لان الرهن مضمون بالدين
او بجهته هذا تعليل جواب الاستحسان بان الرهن هلك بغير شيء استحسانا بيانه
هذا هو ان ضمان الرهن ثبت باعتبار القبض والدين جميعا لانه ضمان استيفاء فلا
يتحقق ذلك الا باعتبار بقاء الدين وبالابراء عن الدين انعدام احد المعنيين وهو
الدين والحكم الثابت بعلة ذات وصفين ينعدم بانعدام احدهما الا ترى انه لا يسقط
لانعدام الدين مع بقاء الدين وكذلك اذا ابرئ عن الدين يسقط الضمان لانعدام

الدين

الدين مع بقاء العتق وهنا لم يبق الدين بالابراء او بالهبة ولا جهة الدين فلم يبق الضمان **قوله**
وهم الفرق اي بين الاداء والابراء وحاصله ان الرهن انما يكون مضمونا بالدين عند قيامه
او توهم ثبوته كما في الدين الموعود بالابراء والهبة واختها لا يبقى الدين ولا يتوهم ثبوته
وهذا بخلاف ما لو ادى الراهن الدين او تبرع به غيره لان الدين في فصل الايفاء قائم بدليل
انه اذا ابرأه بعد الدين المدفوع من الدين بعد الاداء تمكن المديون من استرداد ما ادى
منه ولا بد من المطالبة لخلوها عن الفائدة لانه تعقبت مطالبته مثله **قوله** لقيام الموجب
وهو ما القرض او الدراية او التجارة وغير ذلك **قوله** فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول
اي اذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الحكمي فانتقض الاستيفاء الثاني وهو الاستيفاء
الحقيقي ولا يتكرر الاستيفاء **قوله** وكذا اذا اشترى بالدين عينا معطوف على قوله ولو استوفى
المرتهن الدين الى قوله ويجب عليه رد ما استوفى **قوله** او صالح عنه على عين وانه اشترى
بالدين اذا كان عن اقرار استيفاء لانه يجب على رب الدين مثله بالشراء والصلح عنه **قوله**
بطلت الحوالة لانه لم يبق المطالبة بهلاك الرهن لتقرر الاستيفاء **قوله** ويهلك بالدين لان
الحوالة لا تسقط الدين ولكن ذمة المحتال عليه تقوم مقام ذمة المحيل ولهذا يعود الى
ذمة المحيل اذا مات المحتال عليه مفلسا **قوله** او ما يرجع عليه معطوف على مثل ما كان
قوله لانه بمنزلة الوكيل بتعليل لقوله يرجع على المحتال عليه بمنزلة الوكيل بقضاء الدين
عن المحيل **قوله** وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم
وجوب الدين بالتصادق على قيامه لان الرهن حصل بدين يتوهم وجوبه في الحال
وتصادقهما على ان لا دين لا ينفي التوهم لجواز ان يتصادقا على قيام الدين بعد
تصادقهما على ان لا دين فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء لانه يسقطه وذكر شمس
الائمة السرخسي في المبسوط واذا تصادقا على ان لا دين فهو ضمان الرهن اذا
كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن و
وجوب الدين ظاهرا يكفي لضمان الرهن فصار مستوفيا فاما اذا تصادقا على انه
لا دين والرهن قائم ثم هلك الرهن فانه يهلك امانة لان تصادقهما ينفي الضمان
من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر شيخ الاسلام الاسبيجابي انهما
اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا والصواب انه لا يهلك
مضمونا والله اعلم

كتاب الجنايات

الجناية ما يجنيه من شر اي يحدثه تسمية
بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل واصله من جني
الثمر وهو اخذه من الشجر **قوله** والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام يعني ليس المراد
من قوله القتل على خمسة اوجه نفس القتل من غير نظر الى ما يتعلق به حكم اولا وانما

كتاب الجنايات

Copyright © King Saud University

المراد منه قتل يتعلق به الاحكام كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الميراث وغيرها
فان القتل من حيث هو قتل اكثر من خمسة كالقتل قصاصا او رجما وقتل الحربي وقتل
قطاع الطريق وغيرها ونظير هذا ما قاله محمد رحمه الله في كتاب الايمان الايمان ثلثة ولم يرد
جنس الايمان لانها اكثر من ثلاثة يمين بالله ويمين بالطلاق ويمين بالعتاق والحج والعمرة
وانما اراد بذلك الايمان بالله الا ترى انه اشتغل ببيان حكم اليمين بالله فقال يمين يكفر
ويمين لا يكفر ويمين يرجوان لا يواخذ الله بها صاحبها فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او
ما جرى مجرى السلاح اى في تفريق الاجزاء كالمحدد من الخشب وليطة القصب اى
قشره ولم يشترط في المعنى الحدة اذا كانت الالة من الحديد فقال العمد ان يتعمد الانسان
قتل من لا يحل قتله بالحديد سواء كان سلاحا نحو السيف والسكين او لم يكن سلاحا نحو
الابرة وسواء له حدة يبضع بضعا او ليس له حدة يرض رضا كالعمود وصنجة الميزان
وسواء كان الغالب منه الهلاك او لم يكن وهذا يبين لك ان العبرة في هذا الباب
للحديد هذا كله على رواية الاصل وذكر الطحاوي عن ابي حنيفة رح انه اذا قتل بصنجة حديد او
عمود لا حدة له فهو ليس بعمد محض حتى لا يجب القصاص بل هو خطأ عمد وعلى قولهما
ان كان الغالب منه الهلاك فهو عمد محض فيوجب القصاص وان لم يكن الغالب منه
الهلاك لا يكون عمدا محضا وما لم يكن من جنس الحديد ان عمل عمل الحديد في البضع
وتفريق الاجزاء فهو عمد محض يجب القصاص فيه وذلك نحو الاحراق بالنار الا ترى
انها تعمل عمل الحديد في الذكوة حتى انها اذا وضعت في المذبح فقطعت ما يجب قطعه في
الذكوة وسال بها الدم حل وان انحسم ولم يسل الدم لا يحل هذا ذكر في فتاوى قاضيخان
وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب
وقد نطق به غير واحد من السنة اى كثير من السنن منها ما قال عليه السلام في خطبة
يوم عرفات الا ان دماءكم ونفوسكم محرمة عليكم كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في مقامكم
هذا ومنها ما روي عنه عليه السلام انه قال لزوال الدنيا اهون على الله من قتل مسلم
وقال عليه السلام سباب المسلم فسوق وقتاله كفر وهذا وان كان تاويله للاستحلال فظاهره
يدل على عظم الجناية في قتل المسلم ولهذا كان ابن عباس رض لا يرى التوبة لقاتل
العمد وان لم يأخذ بقوله قوله والقود معطوف على قوله الماثم قوله الا ان يعفو الاولياء ای صيف
العمد لقوله كتب عليكم القصاص فظاهره يوجب العمل بالقصاص فيما بعد القتل
باي وجه لكن السنة المشهورة وهي قوله عليه السلام العمد قود يدل على ان حكم
القصاص مخصوص بالقتل العمد لان خبر الواحد لما يصلح مبينا لمجمل الكتاب كما في
بيان قدر المسح فاولى ان يصلح السنة المشهورة التي تلقتها الامة بالقبول مبينة لما

سكت

سكت عنه الكتاب لا يقال ان قوله العمد قود لا يوجب التقييد لانه تخصيص بالذكر فلا يدل على
نفي ما عداه لانا نقول لو لم يوجب هذا الخبر تقييد الاية لم يكن القود موجب العمد فلا يكون
لذكر لفظة العمد فائدة بخلاف قوله نعم من فتياتكم المؤمنات لان هناك وان لم يوجب
التخصيص عندنا فذكر المؤمنات لا يخلو عن الفائدة وهو الاستحباب فان الاستحباب متحصر
في المؤمنات بالاتفاق ولان في الكتاب ايضا دلالة على ان المراد من القتل المذكور في اية القصاص
القتل العمد لانه اوجب الدية في القتل الخطأ على ما قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة
مؤمنة ولا يصلح ان يكون القتل العمد موجبا دية وقصاصا فلا بد ان يحمل كل واحد منهما على حالة
فلما اختص ما يوجب الدية بالقتل الخطأ في النص القطعي كان ما يوجب القصاص غير الخطاء
لا محالة فهو العمد وما يسقط فيه القصاص سقط لشبهة في العمدية وهو شبه العمد
وغيره قوله لا شرع لها دون ذلك اي دون كمال الجناية وانها بكمالها لعمدية قوله ثم هو
اي القود واجب عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضا القاتل وهو احد قولي الشافعي رح
اي وجوب القصاص عينا احد قولي الشافعي رح الا ان له حق العدول الى المال من غير رضاء
القاتل لانه تعين مدفعا للهلاك فيجوز بدون رضاه لكن اصابته محضة فبذل الانسان
طعاما بثمن المثل لوم الشراء لانه ملك ما يحيي به نفسه بعوض يعدله بدا لحق القصاص كما
لو رضي القاتل فعلى هذا اذا عفا الولي عن القصاص يسقط حق الولي وكذا مات القاتل يسقط
حق الولي وفي قول الحق الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره فعلى هذا لو عفى الولي عن
القصاص كان له المطالبة بالدية وكذا اذا مات له حق استيفاء الدية لكونه موجبا اصليا
ولو صالح على اكثر من الدية من جنسها فلا يصح لانه يصير ربوا ويصح على القول الاول
قوله لان حق العبد شرع جابرا لحاجة العبد الى الجبر حين تحقق نقصان وفي كل واحد
نوع جبر اي في حق المقتول ما فات عليه فان المقتول ينتفع بالدية من حيث قضاء ديونه
وتنفيذ وصاياه وتجهيزه وتكفينه او في حق الولي لانه ينتفع الولي الذي كان ينتفع بالمقتول وفي
القصاص نوع جبر ايضا بمعنى الانتقام وتشفي الصدور قوله ولان المال لا يصلح موجبا لعدم
المماثلة وهذا لانه لا مماثلة بين الادمي والمال لا صورة ولا معنى فالادمي خلق ليحمل امانة الله
تعالى والاشتغال بعبادته والمال خلق لاقامة مصالحه وهو مملوك للادمي والادمي مالكه فاني
يتشابهان وانما التماثل في القصاص كما النفس بالنفس والعين بالعين والقتل بالقتل
وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا اما زجرا فان من قصد قتل عدوه فاذا تفكر في عاقبة امره
انه اذا قتل قتل به انزجر عن قتله وكان حياة لهما لبقائهما على الحياة واما جبرا فلانه
اذا قتل بعلم جنوة الاولياء فان القاتل يصير حربا على اولياء القتيل خوفا على
نفسه منهم وهو يقصد افنائهم لان الطبع يدعو الى الدفع عن نفسه والشرع مكنهم من قتله قصاصا

Copyright © King Saud University

دفعا لشره عن انفسهم واحياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه ولما كان فيه حيوة من الوجه الذي
قلنا صلح جابرًا لان الفايت بالقتل حيوة والحاصل بالقصاص حيوة مثل الاول وانما يجد
ضمان الجبر بقدر الامكان والامكان في حق الحيوة باكثر من هذا ولانه حاصل للولي القاتل
حصل به التشفي فكان ذلك تعويضا لما فات عنه من حيوة المقتول فاما المال فليس فيه نوع
من معنى الجبر وانما وجبت الدية في الخطأ بخلاف القياس لان القتل اعظم العقوبات
والخاطي معذور فتعذر ايجاب المثل عليه وبنفس المقتول محترمة لا تسقط حرمتها بعذر
الخاطي فوجب المال صيانة للدم عن الهدر على القاتل لان سلمت له نفسه والقتيل بان
لم يهدر دمه وشرع المال عند عدم الامكان لا بدلا على غرضه عند الامكان قوله وبالاتفاق
سبب نقصا لولي اي بقتل القاتل بعدما اخذ الدية يعني يجوز ان يأخذ الولي المال من
القاتل بدون رضاه ثم يقتله وهذا جواب عن قول الشافعي رح لانه تعين يسعفها الهلاك
قوله لان الحاجة الى التكفير في العمد امس وذلك لان الكفارة شرعت ماحية للاثم و
الاثم في العمد اكثر فكان ادعى الى ايجاب الكفارة قوله في الكفارة معنى العبادة فيه لبد
ان للصوم فيه مدخلا قوله فلا يناط بمثلها لان الحكم يحتمه السبب فراعي التناسب
بينهما فلا يجب الا بسبب داير بين الحظر والاباحة كالخطاء فانه بالنظر الى اصل الفعل
مباح وبالنظر الى المحل الذي اصابه محظور والكفارة داير بين العبادة والعقوبة
فيجب مثله ولا يجب بالقتل العمد لانه محظور محض فلا يجب به كما لا يجب بالمباح المحض
هو القتل بحق كالقصاص وانما السبب لقتل الخطاء لينتسب العقوبة الى جانب الحظر
والعبادة الى جانب الاباحة قوله ونعنيها في الشرع لدفع الادنى اي تعين الكفارة
في الشرع لدفع الذنب الادنى في الخطاء لا بعينها قوله لدفع الذنب الاعلى اي الى العمد
وهذا جواب عن قياس الشافعي رح حيث قاس وجوب الكفارة في العمد على وجوب
الكفارة في الخطأ قوله وشبه العمد سمي به لان في هذا الفعل معنيين معنى العمد
باعتبار قصد الفاعل على الضرب ومعنى الخطأ باعتبار انعدام قصد القتل بالنظر
الى الآلة التي استعملها اذ هي آلة الضرب للتأديب دون القتل وانما يقصد الى كل
فعل بالته فكان ذلك خطا بشبه العمد صورة من حيث انه كان قاصدا الى الضرب
الى ارتكاب ما هو محرم عليه كذا في المبسوط وشبه العمد يتحقق عندنا وعند الشافعي
رح خلافا لمالك رح ثم اختلفوا في تفسيره فقال ابو حنيفة رح شبه العمد اذا تعمد
ضربه بما ليس موضع للقتل كحجر الرحى ومثله وقال ابو يوسف رح ومحمد رح شبه العمد
اذا تعمد ضربه بما يلبث وهو شبه عمد وقال الشافعي رح اذا تعمد ضربه بما لا يقتل به
غالبا وبيانه انه اذا ضرب عمدا سوطا او سوطين فمات وهو شبه عمد وقال الشافعي رح

اذا تعمد

اذا تعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبيانه انه اذا ضرب عمدا سوطا او سوطين فمات وهو شبه
عمد بالاتفاق اما عند ابي حنيفة رح انه ليس موضع للقتل واما عندهما فلانه ليس مما لا
يلبث واما عند الشافعي رح فلانه لا يقتل غالبا واذا ضرب بسوط صغير ووالى
حتى مات فانه شبه عمد عندنا اما عند ابي حنيفة رح فلانه ليس موضع للقتل واما عندهما
فلانه مما يلبث وعند الشافعي رح عمد لانه مما يقتل به غالبا قوله فقتل لسوط والعصا
ذكر السوط والعصا مطلقا فيتناول الصغير لا يقال بان العادة في العصا جارية في
استعمال الصغير لانا نقول العادة مشتركة فان من الناس من اخذ الصغير ومنهم من
يأخذ الكبير فلا يصلح مقيدا باطلاق النص قوله وبه يحصل القتل غالبا اي بالاستعمال
على غرة من المقصود بالقتل يحصل القتل غالبا ولا يحصل ذلك الا بالة موضوعة للقتل
كالسيف والسكين قوله وموجب ذلك على القولين الاثم اي موجب ما هو شبه العمد على
حسب اختلاف القولين في صورة الاثم والكفارة يشبه بالخطأ بالنظر الى الآلة فيدخل
تحت قوله تعالى ومن قتل مومنا خطأ الآية وقال صاحب الايضاح وجدت في كتاب اصحابنا
ان لا كفارة في شبه العمد عند ابي حنيفة رح لان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرع
الكفارة والصحيح انها تجب فقد ذكر الطحاوي رح والجصاص وغيرهما ان الكفارة واجبة عند
ابي حنيفة رح قوله والاصل ان كل دية وجبت على الوالد بقتل ولده عمدا لا تجب
ابتداء لان الواجب فيه ابتداء القصاص الا انه سقط بعذر الابوة فوجبت الدية
صيانة للدم عن الهدر ويتعلق به حرمان الميراث لانه جزاء القتل مباشرة وقد وجد
وتأثير الشبهة في درء القصاص لا في حرمان الميراث قوله وقال مالك رح وان انكر معرفة
شبه العمد فالحجة عليه ما اسلفناه قال مالك رح لا ادري ما شبه العمد وانما القتل
نوعان عمد وخطاء اولا واسطة بينهما في سائر الافعال فكذا في هذا الفعل ولنا
قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصاء وهو المراد بقوله رح
الحجة عليه ما اسلفناه والصحابة رض اتفقوا على شبه العمد حيث اوجبوا فيه الدية
مغلظة مع اختلاف بينهم في صفة التغليظ قوله والخطاء على نوعين خطأ في القصد
وخطأ في الفعل وانما اقتصر على هذين النوعين لان رمية السهم الى شيء معين
بالقصد اليه يشتمل على فعلين فعل القلب هو القصد وفعل الجارحة وهو الرمي
فلو اتصل الخطأ بالفعل الاول كان هو النوع الاول ولو اتصل بالفعل الثاني كان
هو النوع الثاني فلما انحصر فعل الرامي على هذين الفعلين انحصر الخطأ المتصل
بفعل الرمي ايضا على نوعين هذين النوعين ضرورة قوله في ثلاث سنين لما
بيناه اي في تفسيره عرفت قوله ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا المراد اثم القتل

Copyright © King Saud University

اى اثم قصدا لقتل فاما فى نفسه اى فاما القتل فى نفسه فلا يعرى عن الاثم من حيث ترك
العزيمة والمبالغة فى التثبت وهذا الاثم اثم القتل لان نفس ترك المبالغة فى التثبت ليس
باثم وانما يصير اثما اذا اتصل به القتل فيصير الكفارة لذنب القتل وان لم يكن فيه اثم قصد
القتل قوله تحكيم حكم الخطأ فى الشرع لكنه معنى الخطأ حقيقة فانه ليس من اهل القصد اصلا
وانما وجبت الكفارة لترك التحرز عن نومه فى موضع يتوهم ان يصير قاتلا والكفارة فى قتل
الخطاء انما وجبت لترك التحرز ايضا وحرمان الميراث لمباشرته القتل وتوهم ان يكون متناوما و
ما لم يكن نائما قصدا منه الى استعجال الارث والذى سقط من سطح فوقع على انسان فقتله
او كان فى يده لبنة او خشبة فسقط من يده فوقع على انسان فقتله او كان على دابة فوطأ
انسانا فقتله مثل النائم ينقلب على انسان فيقتله لكونه قتلا للمعصوم من غير قصد فكان
جاريا مجرى الخطاء كذا فى الاوضح قوله ولنا ان القتل منه معدوم حقيقة لان مباشرة القتل
باتصال فعل من القاتل بالمقتول فلم يوجد وانما اتصل فعله بالارض وانما الحق التسبيب
بالمباشرة فى ايجاب الضمان صيانة الدم عن الهدر على خلاف الاصل فبقى فى حق الكفارة
وحرمان الميراث على الاصل قوله فان قيل الكفارة والدية يتعلقان بالقتل وهو قاتل
فى حق الدية فينبغى ان يكون قاتلا فى حق الكفارة ايضا الكفارة جزاء الفعل والقتل معدوم
فيه حقيقة لانه متسبب لم يحصل فى الجنة وانما وجب فى محل حق والدية بدل المحل وضمان
المحل بفقد فوات المحل وقد وجد وان حصل بالتسبب قوله لان اتلاف النفس يختلف
باختلاف الالة وذلك لان القتل ازهاق الروح وهى غير محسوسة لنقصد اخذها
فيستدل عليه بالالة فيختلف باختلاف الالة فاما دون النفس فاتلافه بالجرح
وهو فعل محسوس فلا يحتاج فى تحققه الى الاستدلال بالالة فلا يختلف باختلاف
الالة والله اعلم باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه قوله اما العمد فكما
بيناه من قبل اى من الكتاب والسنة والمعقول انما حقن الدم على التأبيد لتنفى
شبهة الاباحة لان عدم التأبيد يورث شبهة الاباحة كما فى الحربى المستأمن ولا
يقال فان من اسلم فى دار الحرب فقد صار محقون الدم على التأبيد ومع هذا
لا يقتص من قاتله لان كمال الحقن لم يوجد فى حقه لان كماله بالعصمة المقومة و
المؤثمة دون المقومة والمقومة تحصل بدار الاسلام قوله للعمومات ان النفس
بالنفس كتب عليكم القصاص فى القتلى قوله عليه السلام العمد قود قوله ومن ضرورة
هذه المقابلة ان لا يقتل الحر بالعبد لان من قوله الحر بالحر وقع تفسيرا لقوله تعالى كتب
عليكم القصاص فى القتلى والمعتبر هو التفسير لان هذا يقتضى مقابلة جنس الاحرار
فى حكم القصاص فمن قال يقتل الحر بالعبد لا يكون جنس الاحرار مقابلا بجنس الاحرار

قصاصا

قصاصا بل يكون بعضهم مقابلا بالعبد لان القصاص يعتمد المساوات ولا مساوات بين الحر والعبد
والعبد مملوك والحر مالك والمالكية امارة القدرة والمملوكية سمة العجز ولا مساوات بين العاجز
والقادر ولان الحرية حيوة والرق موت حكما حتى ينسب المعتق بالولاء الى المعتق لانه احياه بالاعتاق
حكما ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد مع ان حرمة الطرف دون حرمة النفس فان الاطراف
تابعة للنفوس فلان لا يقتل الحر بالعبد مع عظم حرمة النفس اولى ولا يقال كيف يصح استدلاله
بالمقابلة وانه لم يعتبر المقابلة فى قوله تعالى والانثى بالانثى فان عنده ايضا يقتل الرجل بالانثى لانه
نقول انما يقتل الرجل بالانثى باطلاق قوله الحر بالحر وانما خص الانثى بالذكر وان كان حكمها
مستفادا من قوله الحر بالحر كيلا يظن ان ضعف البنية ونقصان الحال فى الانثى مانع من
وجوب القصاص فلا دلالة هذا التوهم خص الانثى بالذكر ولا يقال بانه ترك اعتبار المقابلة
حيث قال ان العبد يقتل بالحر لان ذلك انما ثبت بدلالة النص قوله تعالى والعبد بالعبد فان العبد
اذا قتل بالعبد فلان يقتل بالحر لان الحر اقوى حالا واعلى رتبة من العبد ولهذا ما تلونا
وما رويناه لا تعارض بما تلونا لان فيه مقابلة معينة وفيما تلونا مقابلة مطلقة والمطلق لا
يحمل على المعين على انه ليس فى مقابلة الحر بالحر نفى مقابلة الحر بالعبد لان فيه ذكر بعض ما يشمله
العموم على موافقة حكمه فلا يوجب تخصيص ما بقى الا ترى انه كما قابل العبد بالعبد قابل الانثى
بالانثى ثم لا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالانثى وفائدة هذه المقابلة ما قال ابن عباس رض كانت المقاتلة بين
بنى نضير وبنى قريظة وكانت بنو النضير اشرف فكانوا يقتلون بنى قريظة على الضعف منهم تواضعوا
على ان العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة
فنزلت الاية ردا عليهم وبيانا ان الحر بمقابلة الحر والعبد بمقابلة العبد والانثى بمقابلة الانثى من
القبيلتين جميعا فكان اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس قوله لان مبنى القصاص على المماثلة
قلنا القصاص يعتمد المساوات فى العصمة للغير ولهذا يقتل العاقل بالمجنون والعالم بالجاهل
وهى اى العصمة بالدين اى عنده وبالدار اى عندنا ويستويان فيهما قوله ويجرى القصاص
بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة لان الرق اثر الكفر وحقيقة الكفر يمنع القصاص
بين المسلم والكافر عند الشافعى رح او يمنع القصاص بين المسلم والكافر المستأمن بالاجماع
قلنا اثر الكفر وان الشئ يقام مقام ذلك الشئ خصوصا فيما يحتاط فيه الا ترى انه اقيم اثر
النكاح وهى العدة مقام النكاح فى منع نكاح الاخت وعدم جواز التزويج احتياطا كذا
هنا يقام اثر الكفر مقام الكفر فى درء القصاص وانما يحتاط فى الدرء ويحتاط فى اسقاطه لا ايجا
به ثم جريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة قوله ولا مساوات
بينهما وفيما بين الجانبين لقوله تعالى لا يستوى اصحاب النار واصحاب الجنة ولان الكفر من اعظم
النقائص فالكافر كالميت لقوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه ولا مساوات بين الميت

Copyright © King Saud University

وحرم وبابن الحي من كل وجه والقصاص يبنى على المساواة واذا انتفى المساواة بينهما لا يجب القصاص
بخلاف الذمي اذا قتل ذميا ثم اسلم القاتل فعليه القصاص اتفاقا لوجود المساواة بينهما وقت
الجناية ولهذا قيد بقوله وقت الجناية **قوله** وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة اي مبيح للقتل
لانه من اعظم الجنايات وكان موثرا في استدعاء القتل الذي هو نهاية العقوبات فاذا
وجد ولم يعارضه عقد الذمة اورث شبهة كالملك فانه مبيح للوطي فاذا وجد في الاخت
رضاعا ولم يبح صار شبهة في درء الحد **قوله** ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قتل
مسلما بذمي وقال انا احق من وفى بذمته فالقتل نص والتعليل دليل على انه لا فرق بين ان
يكون القاتل مسلما او ذميا ثم اسلم لانه عليه السلم اخبر ان الوجوب لذمة المقتول فكان
فيه تنصيص على وجوب القود على المسلم بقتل الذمي مع استيفاء القود منه **قوله** وكان المساواة
في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف لانه بهذا الوصف استحق البقاء لانه يجب ان يكون قادرا
على اقامة ما كلف به الا بان يكون محرم التعرض ممنوع اسباب الهلاك والكفر ليس بمبيح بنفسه
بل بواسطة كونه باعثا على الحراب فانه اذا اسقط الحراب بعقد الذمة لم يبق الكفر مبيحا ولهذا
قلنا ان كفر المراة لا يبيح القتل لانه غير باعث على الحراب لانها عاجزة عنه **قوله** والقتل
بمثله يوذن بانتفاء الشبهة اي قتل الذمي بالذمي دليل على ان كفر الذمي لا يورث شبهة اباحة
القتل اذ لو اورث شبهة لما جرى القصاص بين الذميين كما لا يجري بين الحربيين وكذا الحربيان
بين المستامنين على جواب الاستحسان واما قوله عليه السلم لا يقتل مؤمن بكافر فالمراد منه
الكافر الحربي المستامن بدليل قوله ولا ذو عهد في عهده وهذا معطوف على المسلم اي
لا يقتل ذو عهد بكافر وانا لا نقتل ذا العهد بالكافر الحربي فلو كان المراد به الذمي.
لما صح جريان القصاص بين الذميين **فان قيل** جاز ان يراد بذي العهد المسلم **قلنا**
العطف يقتضي المغايرة **فان قيل** هذا ابتداء اي لا يقتل ذو عهد في حالة عهده **قلنا**
قلنا المراد بالاول نفي القتل قصاصا لا نفي مطلق القتل فكذا الثاني تحقيقا للعطف **قوله**
ولا يقتل الذمي بالمستامن لما بينا وهو قوله عليه السلم ولا ذو عهد في عهده **قوله** للبقاء
الولا … خص عموم الكتاب لان الكتاب مخصوص بالاجماع فان المولى لا يقتص
بعبده ولا بعبد ولده فيخص ايضا وذكر الامام البرغوي … ان هذا حديث مشهور
تلقته الامة بالقبول وصلح مخصصا وناسخا لحكم الكتاب **قوله** والقصاص يستحقه
المقتول ولهذا يصح عفو المجروح ثم يخلفه وارثه هذا جواب عما يقال انما يستقيم هذا
التعليل ان لو كان المستحق هو الابن المقتول فاجاب ان حق القصاص يثبت للمقتول
ابتداء ثم يخلفه وارثه والابن ليس من اهل ان يستوجب … على ابيه … الاهلية
لا يثبت الحكم وفي الاوضح انما يثبت القصاص عن المقتول لانه حق المقتول وقد ذكرنا الحد

دبر

ويثبت لوارثه لقوله عليه السلم من ترك حقا او مالا فهو لورثته بعد موته وهذا لان الحقوق على
ضربين حق يتعلق بالمحل وهو الذي يبقى بعد الموت ويثبت للوارث لان الحق اذا تعلق بالمحل يبقى
ببقاء ذلك المحل فيكون باقيا بعد الموت واذا بقي بعد الموت يكون الميت مالكا له بعد موته فيثبت
لوارثه لما ذكرنا من الحديث وحق يتعلق بالفعل وهو الذي لا يبقى بعد الموت ولا يثبت للوارث
لان الحق اذا تعلق بالفعل فانما يبقى ما دام الشخص باقيا اهلا لذلك الفعل وبالموت يخرج
الشخص عن ان يكون اهلا للفعل فلا يبقى له فيه حق فلا يكون مالكا له بعد الموت فلا يمكن
اثباته لورثته بعد ما ذكرنا من الدليل والقصاص من الحقوق التي تتعلق بالمحل لان نفس
القاتل يصير ملكا للمقتول لقوله تعالى النفس بالنفس جعل النفس عوضا عن النفس بحرف الباء
اذ هي للعوضية ولا يكون عوضا عنه الا اذا كان مملوكا له كالعوض في الاعيان فاذا صار مملوكا له
يكون القصاص حقا متعلقا بالموت فيورث بعد الموت لما ذكرنا بخلاف خيار الشرط وحد
القذف اذ المغلب فيه حق الشرع والحق في خيار الشرط لا يتعلق بالمحل بل يتعلق بالفعل لانه
عبارة عن ولاية الفسخ والشخص بالموت لا يبقى اهلا للفسخ فلا يكون الحق باقيا له بعد
الموت فلا يكون مالكا له بعد الموت فلا يثبت لورثته وهذا الوجه انما يوافق مذهبهما فانه
مذكور في متن الكتاب بعد ذلك وكذا في كتاب اصول الفقه في باب الشهادة بالقتل ان القصاص
عند ابي حنيفة رح يثبت للورثة ابتداء **قوله** ومن ورث قصاصا على ابيه بان قتل الاب ام ابنه
مثلا وورث الابن قصاصا على ابيه **قوله** ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وقال الشافعي
رح يفعل به مثل ما فعل ان كان فعلا مشروعا كما اذا قطع يد انسان عمدا فمات منه تقطع يد
القاتل ويمهل تلك المدة فان مات والا تحز رقبته وان حصل الفعل بطريق غير مشروع
بان سقاه خمرا حتى قتل او وطي صغيرة او لاط بصبي فمات من ذلك اختلف اصحاب الشافعي
فقال بعضهم تحز رقبته ولا يقتل بمثل ما فعل وقال بعضهم يتخذ له من الخشب مثل آلة الرجل فيفعل
به مثل ما فعل وفي الخمر يوجر المائع حتى يموت تحقيقا للمساواة ولنا قوله عليه السلم لا قود
الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف فالمراد السلاح هكذا فهمت الصحابة رضي الله عنهم وروي عن
اصحاب ابن مسعود رض ولا قود الا بالسلاح وانما كنى بالسيف عن السلاح لانه قتل مستحق
شرعا فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لانه انما يستوفى المستحق بالطريق الذي يتيقن
انه طريق وحز الرقبة يتيقن بانه طريق استيفاء القتل فاما قطع اليد فلا يكون طريقا الا
بشرط السراية وهو موهوم وما يتعلق بالشرط لا يكون ثابتا قبل الشرط فقبل السراية
هذا الفعل غير القتل فلا يكون مشروعا فضلا عن ان يكون مستحقا ثم هو اعتبار مماثلة
تقع ظلما … لانه اذا … يجز رقبته والفعل الثاني زيادة على ما كان منه وهو حرام
يجب التحرز عنه كما في كسر العظم عمدا فانه لا يجب القصاص اصلا الا في السن لتوهم الزيادة فلذلك

يسقط البعض منه اولى قوله وطا ان حق الاستيفاء للمولى يثبت على التقديرين اي على
تقدير موته حرا وعلى تقدير موته عبدا وهو معلوم اي المولى معلوم والحكم متحد وهو استيفا
القصاص باختلاف السبب لا يفضي الى المنازعة كما الى اختلاف الحكم فلا يبالي اي باختلاف
السبب كما اذا قال للمقر له على الف من ثمن بيع وقال المقر له لا بل من قرض يجب الالف على المقر كما
تلك المسئلة اي المستشهد بها لان حكم ملك اليمين يغاير حكم ملك النكاح لان حكم ملك اليمين
كون الرقبة مملوكة وحل الاستمتاع تبع والتبع بمنزلة المعدوم والنكاح يثبت الحل مقصودا
فلم يكن الاتفاق فيما هو المقصود والحكم بالحل من غير تعيين السبب يفضي الى المنازعة لان الحل
بملك اليمين يستلزم غرامة الثمن والحل بالنكاح يستلزم غرامة المهر ولا كذلك هنا لان
استيفاء القصاص على التقديرين واحد قوله فظهر الاختلاف بين الصحابة فانه على قول
علي وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما يموت حرا اذا ادت كتابته فيكون استيفاء القصاص لورثته
على قول زيد بن ثابت يموت عبدا واستيفاء القصاص للمولى قوله وان لم يترك وفاء وله ورثة
احرار وجب القصاص للمولى ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده رح يريد انه لم يترك وفاء ولم يكن
في قيمته وفاء بالمكاتبة ايضا فاما اذا كان في قيمته وفاء بالمكاتبة لا قصاص فيه ويجب قيمته
على القاتل في ماله لان موجب العمد وان كان هو القصاص الا انه يجوز العدول الى المال
بغير رضا القاتل مراعاة لحق من له القصاص كما اذا كانت يد القاطع شلاء وكان للمقطوع
حق العدول الى المال بغير رضاء القاتل مراعاة لحق من له القصاص لان وجوب القيمة انفع
له لانه يحكم بحريته وحرية اولاده اذا ادى بدل الكتابة من قيمته ولو وجب القصاص يموت
عبدا ولما كان في وجوب القيمة انفع كان العدول اليه اولى قوله بخلاف معتق البعض يعني اذا مات عاجزا
ذكر في المنتقى عن ابي حنيفة رح انه لا قصاص لانه يعجز المكاتب ينفسخ الكتابة وموت المعتق لا
يوجب انفساخ عتقه فلم يثبت الملك للمولى في الكل بموته عاجزا قوله واذا قتل عبد الرهن
اي العبد في بعض النسخ المرهون اذا قتل عمدا لا يكون للراهن القصاص الا اذا اجتمع المرتهن
معه فاذا اجتمع فله القصاص في قول ابي حنيفة رح وقال محمد رح ليس له ذلك وهو رواية عن
ابي يوسف رح وجه قول محمد رح ان للمرتهن يدا وللراهن ملكا فيضاف العبد بكليته الى
هذا من وجه والى ذلك من وجه فلا يثبت الاستيفاء وان اجتمعا عليه كعبد المكاتب
اذا قتل لا يجب القصاص وان اجتمع المولى والمكاتب بخلاف المشترك حيث يجب وان اجتمعا
عليه كعبد المكاتب اذا قتل لا يجب القصاص وان اجتمع المولى والمكاتب بخلاف المشترك
حيث يجب اذا اجتمع مولياه لان الملك لكل واحد منهما ثابت في النصف من كل وجه ولابي حنيفة
رح ان الجناية وقعت على ملك الراهن من كل وجه الا انه لا ينفرد بالاستيفاء لما فيه من
اسقاط حق المرتهن فاذا رضي بسقوط حقه واذا اقتص سقط الدين لان القصاص

القصاص

القصاص له يصلح بدلا عن المالية فصارت المالية في ضمان المرتهن فيسقط الدين وعلى قول محمد رح
اجتماعهما انما يسقط حق المرتهن برضاه نوع اشكال وهو ان الاستيفاء قد تم بالهلاك فكيف
يعتبر رضاه بسقوط حقه والجواب عنه بانه لا استيفاء وان تم بالهلاك لكنه غير مقرر لاحتمال
العود اما بالصلح او بدعوى الشبهة في القتل فيصير خطأ قوله واذا قتل ولي المعتوه اي قريبه الى
نديه اي الاب المعتوه اذا قتل ابن المعتوه وهو حبيب المقتول ولاية استيفاء القصاص وله ولاية
الصلح قوله ولاية من الولاية اي لان استيفاء القصاص من الولاية على النفس فيليه كالانكاح
ولكن كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء
القصاص وذلك لان القصاص شرع لتشفي الصدر والاب شفقته كاملة يعتبر ضرر الولد
ضرر نفسه فلذلك جعل التشفي للاب كالحاصل للابن بخلاف الاخ وله ان يصالح لكن هنا فيما
اذا صالح على قدر الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل يجب كمال الدية قوله
لما ذكرنا اشار به قوله لانه من الولاية على النفس شرع لامر راجع اليها وهو تشفي الصدر قوله
ويندرج تحت هذا الاطلاق وهو قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك قوله وفي كتاب
الصلح ان الوصي لا يملك الصلح اي عن النفس على المال اما يملك الوصي الصلح عما دون النفس
على المال لانه يملك استيفاءه فيملك صلحه على المال قوله لما فيه من الابطال اي ابطال حق المعتوه
من القصاص والمال قوله والصبي بمنزلة المعتوه في هذا اي اذا قتل قريب الصغير فللاب ان
يقتص وله ان يصالح وليس للوصي ان يقتص وذكر الامام التمرتاشي رح ولو قتل عبد اليتيم لم يكن
للوصي ان يقتص ولو كان للاب فله ان يقتص وله ان يصالح قوله ومن قتل وله اولياء
صغار وكبار فان كان القتل لاخوين احدهما صغير والاخر كبير قوله لعدم التجزي لانه تصرف
في الروح وذا لا يقبل الوصف بالتجزي قوله اذا كان بين المولين اي واحدهما صغير او كبير
غايب وان كان الشريك الكبير ابا الصغير فله ان يستوفي بخلاف الشافعي رح ففيه ليس للاب
ولاية استيفاء قصاص الصغير قوله ومسئلة المولين ممنوعة وذكر في الاسرار لا رواية في
عبد اعتقه رجلان ثم قتل وقتل وله موليان ويجوز ان لا يثبت القتل لاحدهما اذا اجتمعا
كما في نكاح امرأة اعتقها رجلان او في قبل الاعتاق لان كل واحد منهما مالك النصف فالولاية على
الشخص لا يثبت الا لهما فقاما مقام رجل واحد والواحد منهما كنصف رجل وشطر علة وفي
نوادر مولانا حميد الدين رح عبد بين المولين واحدهما صغير فقتل عمدا قال بعض مشايخنا
عند ابي حنيفة رح يكبر وكانت القصاص قوله اعتبارا بسهم لاجالة وهو الحديد فانه معد لذلك
في الدنيا والاخرة قال الله تعالى وانزلنا الحديد فيه باس شديد وهو القتل فهو قوله تعالى
ولهم مقامع من حديد قوله ولنا ما روينا الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا
ولا يقال انه محمول على عدم الموالاة لانا نقول لا بد من اجراءه على اطلاقه والحديث فيه درء القصاص

Copyright © King Saud University

وهو منصوب اليه **قوله** ومن غرق صبيا او بالغا ذكر محمد رح التغريق بالماء مطلقا وهو على ثلاثة اوجه
ان كان الماء قليلا لا يقتل به غالبا لا يجب القصاص بالاتفاق وان كان الماء كثيرا الا انه يمكنه النجاة بالسباحة
فهو شبه العمد عندنا واذا كان الماء كثيرا ولا يمكنه النجاة بالسباحة كما هو ههنا مسئلة الكتاب
كذا في بعض الفوايد **قوله** لهم قوله عليه السلم من غرق غرقناه اى الشافعي رح ولهما ولكن للشافعي
الاستدلال بالحديث ولهما الاستدلال بالمعقول اوللشافعي رح الاستدلال بالحديث في وجوب
القصاص وهو الاستيفاء ولهما الاستدلال بهذا الحديث في وجوب القصاص في الاستيفاء
لم يعملا بهذا الحديث لقوله عليه السلم لا قود الا بالسيف **قوله** وفيه وفي كل خطأ ارش ثم
الحديث **قوله** وما رواه غير مرفوع وهو من غرق غرقناه او هو محمول على السياسة وقد
اومأ اليه اضافته اى اومأ الى الحمل على السياسة اضافة النبي عليه السلم فعل التغريق الى نفسه
حيث قال غرقناه ولم يقل من غرق غرق واختلاف الروايتين بالرفع وهو مبتدأ وقوله في الكفارة
خبره اى اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة رح انما كان في الكفارة لا في الدية لان الدية واجبة
من غير تردد بالنص بلا خلاف لانه لم يذكر اختلاف الروايتين في الكفارة قبل هذا الا انه يكون مراده
ذكر في كتاب آخر ومراده من اختلاف الروايتين اختلاف القولين وقد ذكر قبل هذا حيث
قال موجب ذلك على القولين الاثم لانه قتل وهو قاصد الضرب والكفارة لشبهه بالخطأ
وفي الايضاح نعلما قال في شبه العمد الكفارة وحكيت في اصحابنا ان لا كفارة في شبه العمد
عند ابي حنيفة رح **قوله** احد نوعي الخطأ وهو الخطأ في القصد **قوله** على ما نطق به نص الكتاب
وهو قوله تعم ومن قتل مومنا خطأ فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله **قوله** ولما كان
سوقا المسلمين في حربهم بطنه المسلمون حربيا **قوله** في النوادر عندنا ابي حنيفة رح ومحمد رح يغسل و
يصلى عليه هذا الذي تكون فعله غير معتبر لانه لما كان يغسل ويصلى عليه كانه مات حتف انفه بمرضه
من غير فعل على نفسه عندهما اما عند ابي يوسف رح فجنايته على نفسه معتبرة حتى لا يصلى عليه
بمنزلة الباغي ولو كان فعله هدرا اصلا كنهش الحية ولم يكن جنايته مع كونه مقتولا حقيقة لكان
شهيدا ويسقط غسله فلم يكن فعله هدرا مطلقا فكان جنسا آخر وفعل الاسد والحية هدر
في الدنيا والاخرة وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والاخرة فيكون التالف بفعل كل واحد منهما ثلثه
فيجب عليه ثلث الدية **قوله** فقد اطل دمه اى اهدره **قوله** نعليهم وقوله حق على المسلمين ان يقتلوه
اشارة الى الوجوب المعنى وجوب دفع الضرر اى لما وجب القتل لان دفع الضرر واجب
وفي نسخة الجامع الصغير الى اخره انما ذكر هذه لزيادة بيان ههنا لبيخ فيه وقوله ومن
شهر على المسلمين سيفا فعليهم ان يقتلوه وهو قوله ولا شئ عليه وانما ذكر هذه الفايدة
لدفع توهم وهو ان من الجائز ان يجوز قتله ويجب عليه الضمان كما في قتل الجمل الصائل واكل مال
الغير حالة المخمصة فقال فلا شئ عليه لدفع هذا الوهم **قوله** لما بينا اشارة الى ما ذكره من

الحديث

الحديث والمعقول **فان قيل** في الحديث فقد اطل دمه يدل على الاباحة فقط فكيف يتمسك على الوجوب
قلنا لما اهدر دمه صار ملحقا بالكافر الحربي المحارب فيكون قتله واجبا لكن لا يتعين القتل بل لدفع
الضرر حتى لو امكن دفعه بغير القتل لا يجوز قتله والدليل على ان قتله واجب ان المباح ما استوى طرفاه
ولا يأثم التارك بتركه وههنا لو ترك المشهور عليه قتل الشاهر مع امكانه يكون آثما فدل انه واجب
قوله فاشبه المكره وهو ان رجلا اكره غيره بالسلاح على ان يقتله وتحقق عند المكره انه لو لم
يقتله لقتله هو فقتله فلا شئ عليه ولا يقال بان عند الشافعي رح يجب القصاص على المكره فكيف
يصح الاستدلال لانا نقول انما يجب القصاص عنده على المكره اذا كان المقتول غير المكره واما اذا
اكره المكره على قتل المكره نفسه فلا رواية فيه ويحتمل ان لا يجب القصاص عنده ههنا لان المكره
اسقط عصمة نفسه بالاكراه فلا يجب القصاص بفعله بخلاف ما اذا كان المقتول غير المكره لان
المقتول ثم معصوم فافترقا **قوله** ولهذا لا يجب القتل بتحقق الفعل منه اى على الشاهر وهو الصبي
والمجنون **قوله** فضربه ثم قتله اى فضربه الشاهر فانصرف ثم قتله المشهور عليه يجب على القاتل
القصاص هذا اذا ضربه الاول وكف عن الضرب على وجه لا يريد ضربه ثانيا لانه لما شهر حل
دمه دفعا للشر فلما لم يقتله وكف عنه اندفع شره وعادت عصمته فاذا قتله فقد قتل شخصا
معصوما من غير دفع فلزم القصاص **قوله** فانه دون مال الشاهر اى لا يحل مال الشاهر **قوله** وتاويل
المسئلة اذا كان لا يمكن من الاسترداد الا بالقتل اما اذا امكنه بطريق آخر كالصياح
عليه يكون مضمونا والله اعلم

باب القصاص فيما دون النفس

قوله والجروح قصاص
اى ذات قصاص في شرح الاقطع فاقتضت الاية ثبوت القصاص وفي الايضاح والقصاص
فيما دون النفس مشروع بهذه الاية والمماثلة معتبرة من حيث سلامة الاجزاء ولفظ القصاص
ينبئ عن هذا **قوله** لانه لا يمكن رعاية المماثلة في القطع لانها اذا فوتت فقد فقد اعتبار المماثلة
لانه ليس له حد معلوم ومن الجانبين يكون التالف زايدا **قوله** وهو ماثور عن جماعة الصحابة
رض هذه حادثة وقعت في زمن عثمان رض فسأل الصحابة عنها فلم يكن عندهم جواب فحضر
علي رض فسأله فاجاب بهذا فقضى عثمان رض بهذا ولم ينكر احد من الصحابة فصار اجماعا منهم
قوله ولا قصاص في عظم الا في السن هذا اللفظ مروي عن عمر وابن مسعود رض قال عليه
السلم لا قصاص في العظم والمراد غير السن لقوله تعم والسن بالسن فيوخذ الثنية بالثنية و
الناب بالناب والضرس بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل لما في خلاف ذلك
من الاخلال **قوله** بالمماثلة وبين الاطباء كلام في السن انه عظم او طرف عصب يابس فمنهم
من ينكر كون السن عظما لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة وعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه
وبين ساير العظام متى ثبت انه ليس بعظم ولئن قلنا انه عظم ففي ساير العظام تتعذر اعتبار
المماثلة فلا يجب القصاص وذلك لا يوجد ههنا لانه يمكن ان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه

Copyright © King Saud University

وكذا ان قلع السن فانه لا تقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد به لهاته ولكن
يبرد بالمبرد الى موضع اصل السن **قوله** ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين اى فيما دون النفس
قوله ولنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للنفس كالمال
وعن عمران بن حصين انه قال قطع عبد لقوم فقراء اذن عبد لقوم اغنياء فاختصموا الى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقض بالقصاص فعلم انه لا قصاص في الطرف **فان قيل** قوله
والعين بالعين والاذن بالاذن مطلقا يتناول مواضع النزاع فيكون حجة عليكم **قلنا** نص
شرع الحروف في المستامن والنفس العام اخاص منه شى يجوز تخصيص الباقي بخبر الواحد مخصصا
بما روينا **قوله** ينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة الاصل في جريان القصاص فيما دون النفس
اعتبار المماثلة في الفعل والمحل لان المماثلة في ضمان العدوان منصوص عليه فيجب اعتبارها
فان قيل التفاوت يمنع استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع استيفاء الناقص بالكامل فان
اليد الشلاء تقطع بالصحيحة اذا رضى صاحب الحق بالنقصان **قلنا** شرع القصاص في الاصل
يعتمد المساوات فاذا كان النقصان ثابتا باعتبار الاصل بالنقصان طرف الانثى والعبد عن
طرف الحر والذكر يمنع شرع القصاص لا ستيفاء محله ولما كانت التساوى في الاصل ثابتا والتفاوت
باعتبار امر عارض كان القصاص مشروعا فيمنع استيفاء الكامل بالناقص دون عكسه اذا رضى
به صاحب الحق **فان قيل** تشكل بما اذا قطع عبد يد عبد وقيمتهما سواء ومع ذلك لا يجرى
القصاص عندكم **قلنا** لان طريق معرفة القيمة بالحزر والظن والمماثلة المشروعة شرعا لا
يثبت بطريق الحزر **قوله** وهو معلوم قطعا بتقويم الشرع فان الشرع قوم اليد الواحدة
للحر بخمسمائة دينار قطعا ويقينا ولا يبلغ قيمة العبد الى ذلك ولو بلغت انما يبلغ بالحزر والظن
فلا يكون مساويا لبدل الحر يقينا فينعدم التماثل **قوله** كالمثلى اذا انصرم عن ايدى الناس بعد
الاتلاف بعضه لم يبق منه الا الناقص الصفة كان المالك بالخيار ان شاء اخذه ناقصا وان شاء
عدل الى القيمة كذا هنا **قوله** يسقط حقه كما اذا رضى بالردى مكان الجيد وقال الشافعي رح
بضمنه لانه قدر على استيفاء البعض دون البعض يستوفى ما قدر عليه وما تعذر استيفاءه
يضمنه ولنا انه رضى باستيفاء الحق ناقصا والفائت كان وصفا والوصف منفردا عن الاصل
غير مضمون يسقط حقه في الوصف **قوله** فلا شئ له عندنا وعند الشافعي رح له الارش
لان عنده المال يضمان اصلى كالقود فانه اذا تعذر استيفاء القود تعين الآخر **قوله** فصارت
سالمة يعني **فان قيل** تشكل بما اذا قطع القاطع يد نفسه بنفسه فلا يسقط حق المقطوع
وان لم يسلم يد القاطع له معنى **قلنا** انما لم يسقط ثم وان لم يوجد السلامة لمعنى آخر
هو انه تلف محلا تعلق به حق الغير بغير رضاه كما في العبد اذا اتلفه الراهن ونصاب الزكوة
اذا اتلفه المالك بعد وجوب الزكوة فلا يكون قادحا لما ذكرنا من المعنى **قوله** ومن شج رجلا

فاستوعب

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

فاستوعب الشجة ما بين قرنيه اى جنبى راسه وهى لا تستوعب ما بين قرنى الشاج لكون راس
الشاج اكبر من راس المشجوج فانه يخير ان شاء فى الشاج مقدار شجته يبتدئ من اى الجانبين شاء
ثم شجه فيه للمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته وان شاء اخذ الارش وحكى الطحاوى
عن محمد بن العباس الرازى ان الطرفين يستوفى ما بين قرنى الشاج وان كان اوسع اعتبارا
باليد فان الكبيرة تقطع بالصغيرة والجواب ان القصاص فى الشجة انما يجب لا لاجل الشين
الذى يتعلق بها لا لاجل المنفعة ولهذا لو برئت وعادت كما كان سقط القصاص والشين يزداد
بزيادة الشجة والقصاص فى اليد فى تفويت المنفعة والصغيرة كالكبيرة فيها **قوله** وفى عكسه يخير ايضا
اى لو كان راس المشجوج اكبر من راس الشاج يخير ايضا لانه لو استوفى المشجوج مثل حقه فى المساحة
ما بين قرنى الشاج كان هذا ازيد فى الشين من الاول لان تلك المساحة لم ياخذ ما بين قرنى المشجوج
لكبر راسه وهى تاخذ ما بين قرنى الشاج لصغر راسه فيزداد فى الشين وان اقتصر على ما يكون مثل
الاول فى الشين كان دون حقه فى المساحة فيخير ان شاء اخذ الارش وان شاء اقتصر على ما يكون
مثل الاول فى الشين وان كان دونه فى المساحة **قوله** للتعدى الى غير حقه اى فى مقدار الشين
لا فى قدر الشجة **فصل** الآية على ما قيل نزلت فى الصلح تقدير الآية على قول ابن عباس رض
والحسن والضحاك ومجاهد رض فمن اعطى له على جهة الصلح والدية ولى القتيل نقال الخلف ما
انا لك بعفو اى من الاسم اخيه اى من جهة اخيه المقتول شئ اى شئ من المال بطريق الصلح
وذكره لانه يجهول العقد فانه مقدر بما تراضيا عليه فاتباع بالمعروف اى فعلى اتباع اى فعلى
القتيل اتباع المصالح بالمعروف اى مطالبة ببدل الصلح على نهاية حلم وحسن معاملة واداء
اليه باحسان اى على المصالح اداء الى ولى القتيل باحسان فى الاداء وقال جماعة وهو مروى
عن عمر وابن مسعود وابن عباس رض نزلت الآية فى عفو بعض الاولياء بدليل قوله شئ فانه
يراد به البعض وتقديره فمن عفى له وهو القاتل من اخيه فى الدين وهو المقتول شئ
من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو
الدية على حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف اى فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب
حصصهم بالمعروف بقدر حقوقهم من غير زيادة واداء اليه باحسان اى وليؤد القاتل
غير العافى حقه وافيا غير ناقص وارتفع بالمصدر فى فعله فاتباع واداء اليه الامر به هذا
الفعل كما فى قوله تعالى فتحرير رقبة وقوله من قتل له قتيل الحديث فاهله بين خيرتين
ان شاء واقاد وان شاء واخذوا الدية كذا فى الاسرار **قوله** والمراد والله اعلم الاخذ
برضاء القاتل لما بينا ان ليس لولى القتيل العدول عن القصاص الا برضاء القاتل **قوله** لان
عقد الصلح اضيف اليهما لان الواجب بدل عن القصاص والقصاص عليهما على السواء
فيقسم البدل عليهما على السواء كرجلين اشتريا عبدا كان الثمن عليهما على السواء لان

الثمن بدل البضع وقد ملكاه على السواء فبدله كذلك قوله يجب ان يكون الالف على ثلثه
ثلثيهما لان بالصلح اشترى كل واحد منهما ذمة المستحق بعد القتل لكن خالع امرأته على الف
درهم يقسم الالف عليهما على قدر قيمة بضعهما قلنا الالف بدل دم المقتول وهما على [illegible]
على السواء وفي الخلع بدل بضعهما فيقسم على قيمة بضعهما قوله واصل هذا ان القصاص
حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا لمالك والشافعي رحمه الله في هذا اللفظ كما يدل على انه ليس
للزوجين حق في القصاص والدية جميعا عندهما وفي المبسوط ولكل وارث في العمد
نصيب بميراثه عندنا وقال مالك رحمه الله لا يرث الزوج والزوجة من الدية شيئا كذا في غاية الكتب
التخصيص بالدية ثم قال في المبسوط ولذلك يثبت حق الزوج والزوجة في القصاص عندنا
وعلى قول ابن ابي ليلى لا يثبت حقهما في القصاص فالتخصيص بقول ابن ابي ليلى في الخلاف يوهم
بان لا خلاف لمالك في القصاص وفي بعض الحواشي التنصيص على خلاف مالك رحمه الله في الدية
لا ينافي خلافه في القصاص بل ينبغي ان يكون له فيه خلاف بالطريق الاولى لان الدية مال في
المال لا خلاف فيه ان الزوج والزوجة يرثان فلما لم يرثا لمالك رحمه الله في الدية فلان لا يرثا
في القصاص هما بالطريق الاولى وفي الاسرار القصاص يستوفيه الرجال والنساء وقال
الشافعي رحمه الله لا حظ للنساء في الاستيفاء وليس حق العفو لان المراة ليست من اهل
القتل الصغير ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا يضرب عليها الجزية الواجبة بمكان
القتل بضاعة فحق استيفاء القصاص كالصغيرة وان كانت كبيرة ولكنها تملك العفو
لانها كبيرة كما قلنا ان المراة لا تملك نكاح نفسها ولا تملك الرد ان نكحت بغير اذنها قوله وهما
ان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت فلا يقال هذا التعليل
ينقض ان لا يرث الزوجان احدهما من الاخر المال لانقطاع السبب بالموت لانا قلنا وثم
عندهما ان الدية انما تجب بعد الموت بخلاف سائر الاموال فان حق الورثة يتعلق بالمال في
ابتداء مرض الموت حتى يتعذر تصرفه في ثلث المال الا في الثلث وبالموت يتقرر ما تعلق
حقهم فيستوي في ذلك جميع الورثة واما الدية فوجوبها بعد الموت لا غير وحال الوجوب
لم يبق السبب وهو الزوجية فلذلك لا يرث الزوجان كل واحد منهما من الاخر عندهما
وانا نقول الدية تجب للميت اولا ثم يثبت للورثة ولا يقع للميت الا بان يستند الوجوب
الى سببه وهو الجرح كمن رمى الى صيد فمات ثم اصاب السهم الصيد فانه يثبت الملك
الموالي بهذا المعنى ولو اوصى بثلث ماله يدخل فيه الدية ايضا وروي عن علي رضي الله عنه انه كان يقسم
الدية على من احرز الميراث قوله الصبا بكسر الصاد المهملة قوله انه نفع لمعنى
راجع الى القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل لعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما في
الخطاء فان العجز عن القصاص ثم معنى في القاتل وهو كونه خاطئا وروي ان هذه العادة

وقضية في زمن عمر رضي الله عنه فشاور فيها ابن مسعود رضي الله عنه فقال ارى هذا نفسا احيا بعض نفسه
فليس للآخرين ان يتلفه فامضى عمر رضي الله عنه القضاء على وفق رأيه قوله وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين
الثلث في سنة والسدس في سنة قوله ولنا ان هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل الى ثلاث سنين
فكذلك بعضه هذا كالالف اذا كانت مؤجلة الى ثلاث سنين كان كل درهم منها مؤجلا الى
ثلاث سنين قوله لو تمالأ اهل صنعاء اي تعاونوا اصله من الملاء والملاء في الاصل المعاونة
في الاستيفاء من البئر بالدلو ثم صار مستعملا في حق مطلق المعاونة وروي ان سبعة
قتلوا واحدا بصنعاء فقتلهم عمر رضي الله عنه وقال لو تمالأ عليه اهل صنعاء لقتلتهم فان قيل ما روي
عن عمر رضي الله عنه يحتمل ان يكون بطريق السياسة فكيف يصح استدلالكم به على وجوب القصاص
قلنا القصاص واجب بالنص في القتل العمد فقد وجد من كل واحد منهم قتل اذ المسئلة فيما
اذا جرح جرحا زهق به بخلاف قطاع الطريق لان هناك يقتل بالمباشرة فاما هنا فيشترط
الجرح من كل واحد منهم فاذا كان القصاص ثابتا بالنص فلا يمكن حمل الاثر على السياسة فيكون معناه
بيانا للمماثلة وازالة للشبهة قوله ولنا ان كل واحد منهم اي اولياء المقتول قاتل اي قصاصا بوصف
الكمال قوله اصله اي اصل ثبوت التماثل الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا فالجماعة
يقتلون بالواحد بالاجماع يعني اذا قتلوا واحدا اعتبر كل واحد منهم قاتلا على الكمال ولولا هذا
لما وجب القصاص وكذا اذا وقع القتل جزاء جعل كل واحد منهم مستوفيا حقه على الكمال فان قيل
الفرق بينهما ثابت فانا انما اوجبنا القصاص على الجماعة بقتل الواحد لان علة القتل بغير
حق من غير اعتبار المماثلة وهذا لا يوجد فيما نحن فيه قلنا لا كذلك بل المماثلة معتبرة في
القصاص ثم الزيادة في العدد ابلغ من الزيادة في الوصف فاذا كان لا يقتل المسلم بالمستأمن
وعلى قوله بالذمي والحر بالعبد لانعدام المماثلة مع الحاجة الى حد علة القتل بغير حق فلان
لا يقتل العشرة بالواحد اولى وكذلك في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة نحو كسر
العظام لا يجب القصاص والحاجة الى حد علة الجناية هنا بغير حق متحقق ولكن توهم الزيادة
يمنع القصاص فتحقق الزيادة لان يمنع ذلك اولى وعرفنا انه انما يقتل العشرة بالواحد
بطريق المماثلة وبيان ذلك ان القتل مما لا يحتمل التجزي واذا اشترك الجماعة فيما لا يحتمل
التجزي فاما ان ينعدم اصلا او يتكامل في حق كل واحد منهم كانه ليس معه غيره وقد ينعدم
هنا بالاتفاق فعرفنا انه تكامل كل واحد منهم قاتلا بمنزلة الاولياء في التزويج يتكامل
الولاية لكل واحد منهم وفي هذا المعنى القتل الذي هو عدوان والقتل الذي هو جزاء
فان الاولياء اذا اجتمعوا وقتلوا كان كل واحد منهم قاتلا بكماله قوله لانه وجد من كل واحد
منهم جرح اي من كل واحد من الاولياء وذلك لانهم حضروا وقضى القاضي لهم ان
يستوفوا بانفسهم جميعا او وكل بعضهم بعضا في حقه او وكلوا غيرهم فيكون قتل

Copyright © King Saud University

الوكيل كفعل الموكل فيكون الجرح الصالح للازهاق موجودا من كل واحد قوله شرع في الثاني
وهو قول على السكين الادمي ببيان الزهوق قوله المفروض اذا اخذ سكينا وامراه على يده حتى انقطعت
الصورة المسئلة المختلف فيها بيننا وبين الشافعي فيما اذا اخذا سكينا واحدا ووضعا
في جانب واحد من يده وامراه على المفصل حتى ابانا يده اما لو وضع احدهما السكين من
جانب والآخر من جانب وامراه حتى التقى السكينان لا يجب القصاص عندنا ايضا وهذا بخلاف
النفس فانه اذا وضع احدهما السكين على حلقه والآخر على قفاه وامرا على التقى السكينان
يجب القصاص عليهما لان القتل ازهاق الروح وهو لا يحتمل الوصف بالتجزي فيضاف الى
كل واحد منهما كملا قوله ولنا ان كل واحد منهما قاطع بعض اليد لان القطع حق الفصل بين
المفصلين ونحن نتيقن ان الفصل هنا بقوة كل واحد منهما ولكن ما انقطع بفعل احدهما
لا ينقطع بفعل الآخر ولا معتبر بامرار كل واحد منهما السكين على جميع العضو لان امرار
السكين من غير قطع شيء وجوده كعدمه فيكون كل واحد قاطعا بعض اليد فلا يقطع جميع
يده بقطعه بعض اليد لاشتراط التماثل والقياس في النفس هكذا وانما تركناه بالاثر
الاجماع وهذا ليس في معناه حتى يلحق بها لان القتل في النفس لا يوصف بالتجزي لانه
زهوق الروح ولا يتصور ازهاق بعضه دون البعض فاضيف الى كل واحد كملا ضرورة
عدم التجزي اما القطع في الطرف فيوصف بالتجزي الا ترى انه يتحقق ان يقطع بعض
اليد ويترك ما بقي فيجعل كل واحد منهما قاطعا للبعض قوله وان قطع واحد يميني رجلين
انما قيد بيميني رجلين لانه لو قطع يمين رجل ويسار آخر يقطع يداه بهما وكذلك اذا
قطعهما من واحد قوله كالراهن بعد الرهن رهن شيئا من انسان وسلمه اليه ثم رهنه
من آخر لم يصح الثاني قوله ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق وهو القطع المحسوس
وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب في حق الثاني فلا يمنع ثبوت حكمه الا ترى ان
ملك المولى في عبده لا يمنع وجوب القصاص عليه اذا تقرر سببه والحق بعده الملك قوله
والقصاص ملك الفعل يعني ان القصاص عبارة عن اطلاق الفعل والاطلاق في
الفعل لا يقتضي حقا في المحل كما في الاصطياد والاحتشاش فان الفعل مملوك والمحل
خلو عنه فلا يمنع ثبوت ملك الثاني بخلاف الرهن لانه ثبوت يد الاستيفاء حكما فاذا
ثبت للاول ثبتا استحال ثبوته للثاني كما في الاستيفاء الحقيقي قوله لثبوت حقه وتردد
حق الغائب يعني ان حقه ثابت في اليد ومزاحمة الآخر له في الاستيفاء موهوم عسى
ان يعفو وعسى ان لا يحضر فلا يؤخر الاستيفاء المعلوم لمكان الموهوم كاحد الشفيعين
اذا ادعى الشفعة والآخر غائب يقضى بالجميع له لهذا المعنى قوله لانه اوفى به حقا
مستحقا يعني انه قضى بجميع طرفه حقا مستحقا عليه فيقضى للآخر بالارش بخلاف النفس

فانه

فانه لو استوفى احدهما القصاص ثم حضر الآخر لا يقضى له بشيء لان حقه في الاستيفاء فات
لغيبته فانهما اذا اجتمعا واستوفيا صار كل واحد مستوفيا على الكمال فلا يجب معه الدية
ولا شيء في الطرف الواحد وفاء لحقهما فانما تعذر على الثاني الاستيفاء بقضائه بطرفه حقا
مستحقا عليه لتوضيحه انه في النفس وان قضى بها حقا مستحقا لا يمكن جعلها سالمة بعد
موته ولا يمكن تقويم نفسه عليه بعد ما فات وفي الطرف يمكن ان يجعل كالسالم له وان
يقوم عليه ذلك حتى يقضي حقا مستحقا عليه لانه كالحابس بطرفه حكما فلهذا يقضى للثاني
بالارش قوله واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود قيد بالعمد لانه اذا اقر العبد بقتل الخطاء
لا يجوز سواء كان ماذونا او محجورا وفي باب اقرار المحجور والمملوك من اقرار المبسوط
ولا يجوز اقرار العبد التاجر للاجنبي بجناية ليس فيها قصاص لان هذا ليس من التجارة والذي
يملك الحجر عنه في التجارة فيما ليس بتجارة الماذون والمحجور سواء لا يصدق على مولاه فان جناية
العبد لا يجب عليه شيء بل يجب على مولاه الدفع او الفداء واقرار العبد على مولاه باطل
اذا اقر بقتل عمد جاز اقراره وعليه القصاص لانه يقر به على نفسه فان المستحق بالقصاص دمه
وهو في حكم الدم يبقى على اصل الحرية ولان المولى لا يملك الاقرار به فلا يملك المولى على عبده
فالعبد بمنزلة الحر كالطلاق ونحوه فيصح اقراره به كما يصح ايقاعه وكذلك اذا اقر على نفسه
بسبب موجب للحد قوله والقتل يتعلق الاثر لان الرمي الواحد جاز ان يتعلق به اثار
فان الانسان اذا ارسل سهما يسمى رميا واذا دخل بحيوان ولم يمت يسمى جرحا واذا
اصاب لحيوان ومات يسمى قتلا واذا اصاب كوزا وفرق تركيبه يسمى كسرا واذا انفذ السهم الى
غير المحل الذي اصاب بمنزلة فعل آخر وهو فيه بمنزلة مخطئ يجب الدية والله اعلم فصل بلغ
ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله عمدا الى آخره اعلم انه لا يخلو القتل والقطع من ان يتخلل
بينهما برء او لا فان تخلل بينهما يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاول قد
تقرر بالبرء فلا يدخل احدهما في الآخر حتى لو كانا عمدين فللولي القطع والقتل وان كانا
خطائين يجب دية ونصف دية وان كان احدهما عمدا والآخر خطاء بان كان القطع عمدا و
القتل خطاء يجب في اليد القود وفي النفس الدية وان كان القطع خطاء والقتل عمدا
يجب في اليد نصف الدية وفي النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان احدهما عمدا و
الآخر خطاء يعتبر كل فعل على حدة فيجب في الخطاء الدية وفي العمد القود وان كانا خطائين
يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقا فيجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند ابي يوسف ومحمد
رح يقتل ولا يقطع وعند ابي حنيفة رح الولي بالخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء
قتل ولا يعتبر اتحاد المجلس وهو الظاهر وروي عن نصر بن سلام انه كان يقول الخلاف
فيما اذا قطع يده في مجلس وقتله في مجلس آخر اما اذا وجدا في مجلس واحد يقتل ولا يقطع

يه عندهم فيجعل الجنايات بسبب اتحاد المجلس جناية واحدة قوله فان شاء الامام قال اقطعوه
ثم اقتلوه وان شاء قال شمس الائمة السرخسي رح اشارة الى ان الجناية الى الامام عند ابي حنيفة رح
يتعين ايهما شاء قال رح وليس كذلك بل الجناية للولي لان القصاص حقه وانما الجناية للامام في
فصل قطاع الطريق عند اذا اخذوا المال كذا في الاسرار والجامع للامام المحبوبي رح قوله ولان
الجمع متعذر اما الاختلاف بين الفعلين اذ الطرف يسلك به مسلك الاموال بخلاف النفس قوله و
هو متعذر اي العفو يعني المساواة في الفعل هذا لانما يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع
وحصول المساواة متعذر في الجمع قوله ولان الجز يقطع اضافة السراية الى القطع لان المحل
يفوته ولا تصور للسراية بعد فوت المحل حتى لو صدر القطع والجز من شخصين يجب القود
على الجاني بعد القاطع ولو لم يكن الجز قاطعا لسراية القطع لوجب القود عليهما ايضا كالقتل
البرء بخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفي بالقتل لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا
خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير اعتبار المساوات بدليل ان عشرة لو
قتلوا رجلا خطأ يجب عليهم دية واحدة واذا تعدد الفعل اتحاد المحل ولو قتلوا رجلا عمدا
قتلوا جميعا لان القصاص جزاء الفعل يتعدد بتعدد الفعل قوله ولان ارش اليد انما
يجب عند استحكام اثر الفعل وارش الجراحة لا يستقر الا عند تقررها بالبرء وهنا انما يرد
حال القطع بالجز لانه قاطع للسراية وعند الجز لو وجبت الدية يجتمع ضمان الكل والجزء في
حالة واحدة ولا يجتمعان اجتماعا في حالة واحدة قوله من ضرب رجلا مائة سوط فبرئ
من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة معنى هذا ضربه تسعين في موضع وعشرة
في موضع آخر فبرأ موضع التسعين وسرى العشرة قالوا هذا اذا برئ من تسعين ولم
يبق لها اثر فان بقي لها اثر ينبغي ان يجب عليه حكومة العدل للاسواط ودية للقتل
تفسير حكومة العدل انه لو كان عبدا مجروحا لهذا كم قيمته وبدون الجراحة كم قيمته فيقضي
التفاوت الذي بينهما في الحر من الدية وفي العبد من القيمة قوله لهما ان العفو عن القطع
عفو عن موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو لانه عرض كما وجد تلاشى فيكون المراد
موجبه وموجبه نوعان القطع اذا اقتصر والقتل اذا سرى فيكون عفوا عنهما كما لو
قال ابرأتك عن الغصب يكون ذلك ابراء عن الضمان الواجب وهو رد العين عند
قيامه ورد القيمة بعد هلاكه يكون ابراء عن موجبه وهو رد العين عند قيامه ورد
القيمة بعد هلاكه وكذلك المشتري اذا ابرأ البائع عن العيب يكون ذلك ابراء عن
موجبه وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند التعذر قوله ولان اسم
القطع يتناول الساري والمقتصر الا ترى ان الاذن بالقطع اذن بسرى وما يحدث عنه
حتى ان من قال لاخر اقطع يدي فقطعه ثم سرى الى النفس لم يضمن فاذا جعل الاذن

بالقطع

بالقطع اذنا به وما يحدث تكذا العفو عن القطع لان العفو في الانتهاء كالاذن في الابتداء
قوله والعفو لم يتناوله بصريحه كما لو قطع قال لا اقطع الى فلان فانه لا يوجب البراءة عن
النفس قوله بل الساري نوع من الابتداء لان القتل فعل مزهق للروح وما اثر مزهق الروح
عقيب هذا الفعل عرفنا انه كان قتلا قوله وكذا لا موجبه اي الساري من حيث كونه قطعا
وهذا لان موجب القطع ما شرع في ضمان الطرف اما الواجب في النفس فليس موجب القطع
بل هو موجب القتل وبالسراية تبين ان حقه في موجب النفس فعلى موجب الطرف فقطعه
انه عفا عن غير حقه فبطل عفوه اذ العفو اسقاط الحق فيبطل واصله ما ليس حقه في
كان القياس ان لا يجب القصاص الا ان في الاستحسان تجب الدية لان صورة العفو اورثت
شبهة وهي دارئة للعقوبة قوله معناه اي اذا قال عفوت عن الجناية او عن القطع وما
يحدث منه وخلافا اذا قال عفوت عن القطع قوله اذن بذلك لطلاقه وهو قوله
من قطع يد رجل نعفا المقطوع يده ذكر القطع مطلقا من غير وصف العمد والخطأ فان
قيل الوضع في قتل العمد بدليل قوله يعني القاطع الدية في ماله جواب الخطأ بعصبة اي عليه
الدية في ماله لكان عمدا قوله ولكان عمدا فهو من جميع المال اي يسقط القصاص من جميع
المال في العمد حتى لو كانت التركات على الثلث لا يتعلق شيء من القصاص بالثلث
المحض في الثلث التبرع بالمال والقصاص ليس بمال قوله ولم يتعلق به حق الورثة فان قيل
القصاص يورث فكيف لا يتعلق به حقهم قلنا حق الورثة انما يثبت بطريق الخلافة وحكم
الخلف لا يثبت الا عند عدم الاصل والقياس في المال ان لا يظهر حقهم الا بعد موت المورث
الا انه يثبت ذلك شرعا قال عليه السلام انك لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة
يتكففون الناس والغناء بالمال يكون ولا يثبت ذلك فلا يتعلق حقهم بما يتعلق الغناء به بعد
موته اما القصاص فليس بمال لانه ليس الا مجرد استيفاء وتشفي صدر فلا يتعلق حقهم به
قوله كما لو اوصى باعارة ارضه اي كما لو اعار ارضه في مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات
المعير كان ذلك من كل المال لانه ليس اباحة حقيقة الوصية باعارة ارضه لان الرواية
محفوظة انه اذا اوصى باعارة ارضه ولم يخرج من الثلث فالحكم فيها النهاية يسكن الموصى
له يوما والورثة يومين ولكان قابلا للقسمة يقسم ويسكن الموصى له في الثلث والورثة
في الثلثين قوله اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة متعلق به فيعتبر من الثلث فان قيل
القاتل واحد من العاقلة فكيف جوز الوصية لجميع الثلث هنا حتى صح في نصيب القاتل
ايضا مع ان الوصية لا تصح للقاتل قلنا انما جوز ذلك لان المجروح لم يقل اوصيت لك
بثلث الدية وانما عفا عن المال بعد سبب الوجوب فكان تبرعا مبتدأ مثل الصحابة بالقاتل
الا ترى انه لو وهب له شيئا وسلم جاز وقال بعضهم يسقط ثلث نصيب القاتل ويقال

Copyright © King Saud University

بعضهم يسقط الكل لانه لو بقي بنصيبه يتحمل كان الواجب ليس الا هذا فيتحمل عنه العاقلة ثم هكذا
وهكذا الى ان لا يبقى شي على القاتل في الاخرة فاوجب سقوط الكل وهو الصحيح وذلك لانا
لو ابطلنا الوصية في حصة القاتل كانت الوصية كلها للعاقلة لكن اوصى بحجة وجبت كانت
الوصية للحي صحيحا الوصية فلو ابطلنا الوصية في حصته ابتداء يلزمنا تصحيحها في الانتهاء
على ما ذكرنا فصححنا ها ابتداء قصرا للمسافة **قوله** واذا قطعت المراة يد رجل فتزوجها على
يد اي على موجب اليد ثم مات فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة وجوب مهر المثل لانه لو لم
يمت تزوجها يجب التسمية فيصير الارش في ذلك وهو خمسة الاف درهم مهرا لها بالاجماع
سوا كان القطع عمدا او خطا تزوجها على القطع او على القطع وما يحدث منه او على
الجناية لانه لما رأينا ان موجبها الارش دون القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف
بين الرجل والمراة والارش يصلح صداقا كما ذكره الامام قاضيخان والمحبوبي **قوله** يكون
هذا تزوجا على القصاص في الطرف **فان قيل** القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل
والمراة فكيف يكون تزوجا على القصاص في الطرف **قلنا** القصاص هو الواجب الاصلي
نظرا الى الظاهر قوله تعالى والجروح قصاص الا انه تعذر الاستيفاء لقيام المانع وهو التفاوت
بين طرفيهما **قوله** وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا **فان قيل** القصاص متقوم في حق من
عليه ولهذا لو صالح القاتل في مرض موته يعتبر من جميع المال فيصلح مهرا كالمنافع فانها
غير متقومة في ذاتها ولكنها لما تقومت عند ورود العقد عليها صلحت مهرا **قلنا** القصاص
ليس بمتقوم في حق من له القصاص والمهر لا بد ان يكون متقوما في حق الرجل على الاطلاق قال
الله تعالى وان تبتغوا باموالكم ولا يقال بان هذا يشكل بما اذا تزوج امراة على خمسة
الاف درهم يظنان انها له عليها ثم تصادقا انه لم يكن عليها شي يجب المسمى دون مهر المثل
فينبغي ان يكون كذلك هنا لانا نقول المسمى مما يصلح مهرا ولا جهالة فيه فلا يصار الى
مهر المثل اما هنا المسمى ليس مما يصلح مهرا وهو القصاص وهو الموجب الاصلي وكذلك
الارش فيه نوع من الجهالة فانه يحتمل ان يقضي القاضي من الدراهم او الدنانير فلهذا
يصار الى مهر المثل ولهذا لو تزوجها على الف درهم او مائة دينار فانه يجب مهر المثل **قوله**
واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية يقع المقاصة اي اذا حلت الدية لا في الحال لتاجل
الدية وحلول مهر المثل **قوله** ولا يتقاصان لان الدية يجب على العاقلة في الخطا ولا يقال
بان الصحيح انه يجب على القاتل ثم يتحمل العاقلة فيكون اصل الوجوب على القاتل وباعتبار
هذا يجب جواز المقاصة لانا نقول عند بعض المشايخ يجب على العاقلة ابتداء وعند
بعضهم يتحمل العاقلة عن القاتل بطريق الحوالة والحوالة توجب البراءة فلا يقع المقاصة
كما اذا سقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا **قوله** ولهم ثلث ما ترك

وصيه

وصية اي وللعاقلة الزيادة على مهر المثل اذا خرج من الثلث وبه اي العاقلة وامكان الزيادة
على مهر المثل اي تمام الدية لا يخرج من ثلث ماله فيقدر ما يخرج من الثلث يسقط عن العاقلة
بعين ذلك وصية لهم ويرجعون الى ورثة الزوج وفي الايضاح هذا الجواب فيما اذا كانت لا يخرج
من الثلث صحيح على قول من لا يجعل المراة واحدة من العاقلة فاما على قول من يجعلها واحدة
من العاقلة قال بعضهم يجب ان لا يصح لانه لا بد وان يبطل الهبة الوصية في قدر حصتها
اذ لا وصية للقاتل والصحيح انه يصح لانه لو لم يصح الوصية في قدر حصتها لها يصح في الكل كما
اذا اوصى بثلث ماله لحي وميت يصح الوصية بكل الثلث للحي فكان اسقاط كل الدية لانا
وان ابطلنا الوصية في حصتها فلا معنى للابطال **قوله** في الحال ان يرجع عليهم اي ان يرجع
المراة على العاقلة ذكر الامام التمرتاشي ان كان مهر مثلها مثل الدية او اكثر فلا شي
على العاقلة لانهم انما يتحملون عنها بسبب جنايتها فلا يغرمون بها **قوله** فان تزوجها
في الفصلين اي في التزوج على اليد وفي التزوج على اليد وما يحدث منها او على الجناية
في الفصلين باعتبار المختلف والمتفق في الفصول الثلاثة ومن قطع يد رجل فقطع يد قاطعه
ثم عفي وتقضي له بالقصاص او لم يقض ترد بالقصاص **قوله** وغير القضاء مقدم على
العفو قوله وفيما يرى تأكيدا لقوله وما سرى **قوله** او ما عفي او ما سرى على الحكم يظهر حالة
بعد هذه المسئلة على اربعة اوجه قطع ثم عفا ثم برأ او لم يسر او لم يعف وسرى على وما
عفا وبرأ او لم يعف ولم يسر والمختلف هو الاول وكذا الثالث ايضا على الخلاف في الصحيح
من الرواية **قوله** ولانه استوفي غير حقه لان استيفاء الطرف قطع وقد بيناه ان
حقه في القتل والقطع غير القتل وقد استوفاه من نفس متقومة فان نفس من عليه
القصاص متقومة في حق سائر الناس فكذلك في حق من له القصاص **قوله** وانما لا
يجب في الحال جواب اشكال وهو ان يقال اذا كان القطع غير حقه وانه مضمون عليه فلم
لا يجب الضمان عليه في الحال فاجاب بما ذكر **قوله** وملك القصاص في النفس ضروري لانه
ثابت على منافاة الدليل لان القاتل حر والحرية تنافي المملوكية ولكن ثبت لصيانة
الدم المعصوم وحقا لحصول الزجر وحصول الزجر المقصود بشرعية سقدر بقدر ما يندفع به الضرورة
والضرورة تندفع بظهوره عند الاستيفاء او العفو والاعتياض بالصلح لان هذه
الاشياء تصرف فيه اي في القاتل او في القصاص اما كون الاستيفاء تصرفا فظاهر
كذلك العفو لانه اسقاط واسقاط الشي تصرف فيه وكذا الاعتياض فاما قبل
الاستيفاء او العفو والاعتياض فلا يظهر فيجب الضمان باتلافه **قوله** والاصابع
الكائنة تابعة قيما ما بالكف جواب عن قولهما وصار كما اذا كان له قصاص في الطرف فقطع
اصابعه ثم عفا وهذا لان الاصابع وان كانت تابعة للكف قيما ما به فالكف تابعة لها عرضا

لان منفعة البطش تقوم بالاصابع فانها اصل في الضمان ايضا ولكل اصبع ارش مقدر بخلاف الكف
فلما صارا اصلا كان المقطوع حق الاستيفاء قصدا فيكون استيفاؤها كاستيفاء الكف بخلاف
الطرف لانها تابعة للنفس من كل وجه قوله فصار الامام اذا قطع يد السارق فضرب ومات
والبزاغ والحجام اذا فعلا فعلا معتادا والمامور بقطع اليد كما اذا قال الرجل اقطع يدي
فقطع يده فمات المقطوع من القطع لا شيء عليه وهذا لان السراية تتبع لابتداء الجناية
فلم يجز ان يكون ابتداء الجناية مباحا وسرايتها مضمونة قوله ولانه جرح افضى الى فوات
الحيوة مجرى العادة يعني ان الموت من الجرح ليس على خلاف العادة قوله فاشبه الاصطياد
اي في الاباحة والاباحة مقيدة بوصف السلامة بدليل انه لو رمى الى الصيد فاصاب انسانا
يضمن كذا هنا والله اعلم باب الشهادة في القتل ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب
فاقام الحاضر البينة ثبتت البينة ولم تعد باجماع واجمعوا ايضا ان القاتل يحبس لان يجيء
الغائب لان المقصود من القصاص الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع ثم اذا
قدم الغائب يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله لان حق الورثة ثبت ابتداء وعندهما انه
حق المورث ولا يصح الاستدلال لهما بصحة العفو فان العفو عن القصاص في جواب
الاستحسان كما يصح من المورث المجروح كذا يصح من الوارث حال حيوة المورث قوله طريقه
الخلافة وطريق الخلافة ان الملك يثبت للخليفة كانه هو الاصل لقيامه مقامه كالعبد
يوهب له شيء فيقبل يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة بخلاف الدين لانه مال
والميت اهل الملك المال ولهذا يكفن من ماله ويقضى ديونه من ماله فاما القصاص
فلان العفو والميت ليس من اهل الفعل وانه يثبت بعد الموت للتشفي ودرك الثار
والميت ليس من اهله قوله كما اذا نصب شبكة اي للاصطياد قوله هو عفو منهما لانهما بالشهادة
زعما ان القود قد سقط فزعمهما معتبر في حقهما قوله اذا صدقهما وحده اي صدقهما
القاتل وحده وكذبهما المشهود عليه في شهادتهما بعفو الثالث انما قيد بهذا لانه اذا
صدقهما القاتل والمشهود عليه يضمن القاتل ثلث الدية للشاهدين لانهما ادعيا
على القاتل المال وصدقهما القاتل فيه ولا يضمن للمشهود عليه شيئا لانه اقر بالعفو حيث
صدق الشاهدين قوله وان كذبهما اي المشهود عليه معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وانما
قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل ايضا وانما قيد بهذا لانه اذا صدقهما القاتل فعند تكذيب
المشهود عليه يجب على القاتل الدية كاملة بينهم اثلاثا وذلك لانهما بالشهادة اقرا بسقوط
القصاص وانما سقط القصاص باقرارهما قوله وان صدقهما المشهود عليه وحده لاقراره
لهما فالقياس ان لا يلزمه شيء لان ما ادعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما
اقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل بتكذيبه وجه الاستحسان ان القاتل بتكذيبه للشاهدين

اقر

اقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه ان القصاص سقط بدعواهما العفو على الثالث وانقلب نصيبه
مالا والثالث لما صدق الشاهدين في العفو فقد زعم ان نصيبهما انقلب مالا فصار مقرا لهما
بما اقر له القاتل فيجوز اقراره لهما لانه لو اقر بحق لغيره ثم قال المقر له هذا الالف ليست
لي ولكنها لفلان جاز وصارت لفلان كذا هنا قوله فيما اذا شهدا انه ضربه بشيء جارح
كالسيف وما يجري مجراه وانما قيد بالجارح ليكون المسئلة مجمعا عليها فان قيل الشهود انما
شهدوا على الضرب بشيء جارح ولكن الضرب قد يكون خطاء فكيف يثبت القود مع انهم لم
يشهدوا انه كان متعمدا قلنا لما شهدوا انه ضربه بالسلاح فقد شهدوا انه قصد ضربه لانه
لو كان مخطئا لا يحل لهم ان يشهدوا انه ضربه وانما يشهدوا انه قصد ضرب غيره فاصابه كذا
ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده قوله واذا اختلف شاهدا القتل في الايام بان شهد
احدهما ان القتل كان في يوم الخميس وشهد الاخر انه كان في يوم الجمعة او في البلدان بان
شهد احدهما ان القتل كان في بلد كذا وشهد الاخر انه في بلد اخر او في الذي كان به القتل
اي في الالة قوله لان المطلق يغاير المقيد لانه يحتمل ان يكون عمدا ويحتمل ان يكون شبه عمد
ويحتمل ان يكون خطاء والقتل بالعصا شبه عمد فلم يثبت الاتفاق في المشهود به والاتفاق شرط
قوله والمطلق ليس بمجمل فان المطلق يمكن العمل به الا ترى ان الله تعالى اوجب الكفارة بتحرير رقبة
مطلقة ووجب العمل به ولو كان مجملا لما وجب العمل به كذا ذكره الامام الكشاني قوله على
اجمالهم بالمشهود عليه اي احسانهم في حقه بالستر عليه قوله واو لما كذبهم في نفي العلم اي
الشهود اولنا قولهم لانه يجب مع انهم يعلمون ما مر من الحديث باطلاق الكذب باطلاق
المتحري للكذب في اصلاح ذات البين وقوله عليه السلام ليس بكذاب من يصلح بين اثنين
قوله وهذا نوع منه اي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى اصلاح ذات
البين لما مع ان العفو مندوب اليه هنا كما ان الاصلاح مندوب هناك فكان مرخصا
الاطلاق والتجوز هنالك فرخصا هنا قوله غير انه تكذيب للمقر له المقر في بعض ما اقر
به فيبطل البعض لان تكذيب المقر له في كل ما اقر به يبطل الاقرار فيبطل به والله اعلم باب في
اعتبار حالة القتل قوله لانه بالارتداد سقط تقوم نفسه فيكون مبرئا للرامي عن موجبه
لان من له الحق متى اخرج المتقوم بنفسه يصير مبرئا ايضا عن الضمان كالمغصوب منه اذا اعتق
المغصوب يصير مبرئا الغاصب عن الضمان قوله ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل اي حل
الصيد وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل الموت لان الجرح سبب الموت
فصار كانه قتل حال جرحه والرمي سبب الجرح فيصح التكفير قبل الاصابة الظ في الجامع
الصغير لقاضيخان فيصير قاتلا من وقت الرمي ولهذا لو كانت الجناية خطاء فكفر بعد
الرمي قبل الاصابة صح تكفيره قوله لان العتق قاطع للسراية اي الجناية كما اذا قطع يد

Copyright © King Saud University

عبدا وجرحه ثم اعتقه المولى ثم سرى فالعتق يقطع السراية حتى لا يجب بالسراية بعد العتق
شيء اي لا يضمن ديته ولا قيمته وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان لو رجم
الشهود عليه اوجب اثره على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولهما انه يصير
قاتلا من وقت الرمي فيعتبر يومئذ وهذا على اصل ابي حنيفة رض ظاهر لانه يعتبر وقت الرمي
واما ابو يوسف رح فانما لم يعتبر وقت الرمي فيما اذا رمى مسلما فارتد المرمي اليه لانه اعترض
على المحل ما يبطل عصمته وهنا الحرية تؤكد عصمته واذا اعتبرنا الملاص وقت الرمي
انه مملوك في تلك الحالة يجب قيمته لان الفعل انعقد من الابتداء موجبا للقيمة فلا
يتغير باعتراض الحرية بخلاف القطع والجرح والضرب الممرض لانه اتصل الفعل بالمحل
وتاثير المحل وانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية لو وجب شيء لوجب للعبد فيلزم
مخالفة نهاية الفعل لبدايته فلا بد ان يجعل العتق قاطعا للسراية لهذه الضرورة و
لا ضرورة في الرمي لانه لا اثر له في المحل قبل الوصول وانما يقل الرغبات فيه فلا يجب
ضمان فلا يلزم المخالفة بين البداية والنهاية في استحقاق الضمان فيجب القيمة للمولى
ومحمد رح يحتاج الى الفرق ايضا فانه لم يعتبرها لحالة الرمي كالحالة الاصابة وفيما
تقدم مع ابي يوسف رح لمحمد رح ان نهاية الجناية مخالفة لابتدائها فلا يمكن اعتبارهما
معا لان ذلك يوجب ان يكون الواجب مشتركا بين المولى والعبد والفعل لم ينعقد
موجبا لهذا ولا اعتبار احدهما دون الاخر بعينه لما ذكرنا من اعتبار الفعل بخلاف
الاول فانه بالارتداد يكون مبريا يسقط الضمان قوله ويلزمه ما كان من المعاني وتجب
القيمة اي يجب الدية عنده نظرا الى حالة الاصابة قوله ومن قضي عليه بالرجم فرماه رجل
ثم رجع احد الشهود الى اخر الباب فهذه المسائل كلها يعتبر حالة الرمي بالاجماع ويظهر
من هذا ان المعتبر حالة الرمي عندهما ايضا الا ان لو رمى اليه فيما اذا رمى مسلما فارتد
عاد مبريا الرامي عن ضمان الجناية فلم يجب شيء بخلاف هذه المسائل والله اعلم باب
الديات لغة مصدر من ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه المال الذي هو بدل النفس ثم قيل
للمال الذي هو بدل النفس الدية تسمية بالمصدر والارش اسم للواجب على ما دون النفس
قوله ما بيناه في اول الجنايات اي في شبه العمد قوله ولانه جعل المذكور كل الواجب وبحرف
الفاء يعني ان الفاء للجزاء وجزاء بالجزم اي الكافي وانما يكون كافيا اذا كان المذكور كل الواجب
اذ لو كان شيء اخر واجبا لكان المذكور بعض الجزاء او لكونه كل المذكور فلو كان شيء اخر
واجبا والموضع موضع الحاجة الى البيان لكان مذكورا وحيث لم يذكر شيء اخر علم ان
المذكور كل الواجب وهذه قضية متلقاة من جهة الشرع فينتهي الى ما انتهى الشرع اليه
لا يقال بان المسكوت لا يدل على ان المذكور كل الواجب لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ

العمد

العمد الحديث ولم يكن فيه الكفارة ومع ذلك قلتم بوجوب الكفارة لانا نقول انه وجد بيان
بعض آخر بالعقل لانه نال الحرجا فيه وحيث رواية عن اصحابنا ان الكفارة تجب
في شبه العمد قوله ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به ولا يقال انه الايمان معترض
عليه يعتبر الكمال كما قلنا في قبض الهبة لانا نقول ذلك نفع حسي وهنا وصف قوله وهي
الكفارة في الخطأ اي عتق رقبة مؤمنة النفاذ ذكرناه في شبه العمد هو الكفارة في الخطأ قوله
كلها خلفات في بطونها اولادها صفة مقررة كما في قوله عليه السلام الا ان القتيل العرابين فلا
الى رجل ذكر قوله ولان دية شبه العمد اغلظ من دية الخطأ قوله لاختلاف الصحابة
في صفة التغليظ فان عمر وزيدا والمغيرة بن شعبة وابا موسى الاشعري رض قالوا
كما ذكرنا محمد والشافعي رح وقال علي رض يجب اثلاثا ثلاثة وثلثون حقة وثلثة وثلاثون جذعة
واربعة وثلثون خلفة وقال ابن مسعود رض انها تجب ارباعا كما ذكرنا وذكر في شرح الاقطع
ما رواه محمد والشافعي رح ثم قال هذا الخبر معارض لقول ابن مسعود رض ولا مدخل للرأي
في مقادير الشرع فلا بد من ان يكون مسموعا واذا تعارض الخبران كان الاخذ بالمتيقن
اولى وفي المبسوط والمعنى فيه انما تجب الدية عوضا عن المقتول والحامل لا يجوز ان يستحق
في شيء من المعاوضات بوجهين احدهما ان صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها و
الثاني ان الجنين من وجه كالمنفصل فيكون هذا في معنى ايجاب الزيادة على المائة وبالاتفاق
صفة التغليظ ليست من العدد بل من حيث السن ثم الديات معتبرة بالصدقات والشرع
نهى عن اخذ الحوامل لانها من كرائم اموال الناس فكذلك في الديات وهذا لان في
شبه العمد الدية تجب على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات قوله
فيعارض به اي بما رواه الشافعي رح يعارض بقول ابن مسعود رض لانه كالمرفوع وما رويناه
يبقى سالما قوله ولان ما قلناه احق وهو اقامة ابن مخاض مكان ابن لبون قوله والحجة
عليه ما ذكرنا وهو رواية ابن مسعود رض ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في قتيل قتل
خطأ اخماسا على نحو ما قال باقامة ابن مخاض مكان ابن لبون قوله ودينار لما روي
انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة قوله اثنا عشر الف درهم وزن ستة لا يكون اكثر
من عشرة الاف ايضا فكيف يصح هذا التاويل قلنا قال الشيخ الامام المعروف بخواهر
زاده ان الدرهم كانت وزن ستة الاشياء الا انه اضيف الوزن الى عشرة لما كان وزن سته
كما يقال مثلا على فلان مائتي درهم اذا كان من ذلك قوله كل حلة ثوبان الحلة ازار
ورداء وهو المختار [illegible] قوله وذكر في المعاقل
اي في كتاب المعاقل من المبسوط انه لو صالح على الزيادة على مائتي حلة الى قوله لا يجوز
امره هنا على طريق الشبهة على قول ابي حنيفة رح اي ما ذكر في كتاب المعاقل يدل على

Copyright © King Saud University

ان هذه الاصناف في الدية اصول مقدرة عنده كما هي عندهما اذ كان بدل الحياة كالمال
صالح على بدل اخر فاجاب عن الشبهة بوجهين احدهما انه يصح رواية كتاب المعاقل
قال لا خلاف بينهم وان الاصناف من الاصول المقدرة ايضا والثاني انه لم يصح الشبهة وقال
الخلاف فيهما ثابت كما هو المذكور في الكتاب وما ذكر في المعاقل محمول على قولهما والجواب
عن قضاء عمر رض انه يحتمل ان عمر رض انما قضى بذلك بطريق الصلح بعدما قضى بالدراهم
او الدنانير اذ الصلح من الدية على مال آخر جائز قوله وقال الشافعي رح ما دون الثلث لا
يتنصف امامه فيه زيد بن ثابت رض وكان زيد بن ثابت رض يقول لا تعاقل الرجل الى
ثلث ديتها يعني اذا كان الارش يبلغ ثلث الدية او دون ذلك فالرجل والمرأة فيه
سواء فان زاد على الثلث فحالها فيه على النصف من حال الرجل وبيانه فيما حكي عن
ربيعة قال قلت لسعيد بن المسيب كان يعتقد مذهب زيد ما تقول فيمن قطع اصبع
امرأة قال عليه عشر من الابل قلت فان قطع اصبعين منها قال عشرون من الابل قلت
فان قطع ثلاث اصابع قال عليه ثلاثون من الابل قلت فان قطع اربعة اصابع قال
عشرون من الابل قلت سبحان الله لما كثر المها واشتد مصابها قل ارشها قال اعراقي
انت فقلت لا بل جاهل مسترشد او عاقل متثبت قال انه السنة وبهذا اخذ الشافعي
رح قال السنة اذا اطلقت فالمراد بها سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا اراد به سنة
زيد رض قوله فانه ظهر على الصحابة رض وهو ما روى عكرمة عن ابن عباس رض ان
النبي صلى الله عليه وسلم ودى ابن العامريين الذين كان بعاهدهما رسول الله صلى الله
عليه وسلم وقتلهما عمرو بن امية بمائة من الابل وعن الزهري ان ابا بكر وعمر رض كانا يجعلان
دية الذمي مثل دية المسلم وعن ابن مسعود رض دية الذمي مثل دية المسلم وعن الزهري
انه كانت دية الذمي ايضا مثل دية المسلم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وابي بكر و
عمر وعثمان رض فلما كان زمن معاوية رض جعلها على النصف وعن علي رض انما بذلوا
الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا وما روي بخلاف هذا من الصحابة
لا نعارض هذه المشاهير من الآثار والله اعلم باب فيما دون النفس قال في النفس
الدية انما ذكر هذا تبركا بالابتداء بالحديث وهذا لفظ الحديث قوله وقد ذكرناه في
اول الجنايات وسعيد بن المسيب من التابعين وما روى عن رسول الله صلى الله
عليه وسلم فهو مرسل وهو حجة بالاجماع والمارن ما لان من الانف والقصبة صلبه
منه فالحاصل ان ما لا ثاني له في البدن من اعضاء او من معان مقصودة فباتلافه
يجب كمال الدية والاعضاء على اربعة انواع فمنها ما هو افراد ومنها ما هو ازواج ومنها
ما هو ارباع ومنها ما هو اعشار فالاعضاء التي هي افراد ثلاثة الانف واللسان و

الذكر

جامعة الرياض ... قسم المخطوطات

الذكر فالانف كما ذكرنا والمعنى فيه انه يجب بالانف كمال الدية لان في الانف تفويت جمال كامل
ثم كما يجب الدية بقطع جميع الانف يجب بقطع المارن لان تفويت الجمال به يحصل و
كذلك في اللسان والذكر في الدية على ما ذكر في الكتاب والمعاني التي هي افراد في البدن
العقل والنفس والشم والذوق ففي كل واحد منها دية كاملة واما الاعضاء التي هي ازواج
في البدن فالعينان والاذنان والشاخصان والحاجبان والشفتان واليدان وثديا المرأة
والانثيان والرجلان ففي قطعهما كمال الدية وفي احدهما نصف الدية والاعضاء التي هي
ارباع في البدن ففي اشفار العينين يجب كل الشعر ربع الدية على ما يجيء بيانه واما التي
هي اعشار في البدن فالاصابع اي اصابع الرجلين واصابع اليدين ففي قطعهما كمال الدية
وفي كل اصبع عشر الدية واما الاعضاء التي تزيد على ذلك في البدن ففي الاسنان يجب
في كل سن من نصف عشر الدية وذكر الامام التمرتاشي رح وفي آلة الخصي والعنين ولسان
الاخرس واليد الشلاء والرجل العرجاء والعين القائمة العوراء والسن السوداء
لا يجب القصاص في عمده ولا الدية في خطائه ويجب فيه حكومة عدل قوله ويقسم على حروف
تتعلق باللسان الحروف التي تتعلق باللسان هي الالف والتاء والثاء والجيم والدال
والذال والراء والزاء والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون
فالم يمكنه اتيان حرف منها لزمه حصة من الدية واما الهوائية والحلقية والشفوية
فلا يدخل في القسمة فالشفوية الميم والباء والحلقية العين والغين والقاف في
الاصل في هذا ما روي ان رجلا قطع طرف لسان رجل في زمن علي رض فامره ان يقول
الف باء تاء ثاء فكلما قرأ حرفا اسقط من الدية بقدره وما لم يقرأ اوجب من
الدية بحساب ذلك قوله وهو طريق الاعلاق عادة وانما قيد بالعادة لانه يتصور
الاعلاق بما يستحق الاسم في العادة انما يتحقق بالايلاج قوله في معاشه اي في معيشته
ومعاده اي في آخرته قوله وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او ذوقه يجب الدية
بمقابلة فوات كل واحد من هذه المنافع فان قيل بماذا يعرف فوات هذه المعاني فان
فوات المجني عليه لا يقبل قلنا اذا صدقه الجاني واستحلف فنكل يثبت فواتها ثم فوات
البصر يعرف بالاطباء فينظر اليه رجلان عدلان من الاطباء ويكون قولهما في ذلك
حجة كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة فقال وطريقة معرفة ذهاب السمع ان يتغافل
فينادى فان اجاب علم ان سمعه لم يذهب حكي عن اسماعيل بن حماد
ان امرأة تطارشت اي تصامت ان بها طرشا وهو نوع صمم فتغافل عنها حتى تشتغل
بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطي عورتك فاضطربت وتسارعت
الى جمع ثيابها فظهر مكرها وقال ابو يوسف رح في المنتقى لا يعرف ذهاب السمع

Copyright King Saud University

والقول فيه قول الجاني وما طريق معرفة ذهاب البصر فقال محمد بن مقاتل الرازي طريقه
ان يستقبل الشمس مفتوح العين فاذا دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تدمع
علم ان الضوء ذاهب وذكر الطحاوي انه يلقى بين يديه حية فاذا هرب من الحية علم
انه لم يذهب بصره وقال محمد رحمه الله في الاصل ينظر اليه ذلك عدلان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه
الدعوى والانكار والقول قول الجاني مع يمينه على البتات واما اليمين فلان المجني
عليه يدعي موجب الجناية والجاني ينكر واما على البتات لان هذا يمين على فعل
نفسه وهو اذهاب بصر عينه وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله
رائحة كريهة فان نفر عن ذلك عرف انه لم يذهب شمه قوله لان كلا منهما منفعة مقصودة
يعني ليس فيها استتباع كل منهما الاخرى بخلاف قتل النفس حيث لا يجب الا دية واحدة
لان الاطراف تبع للنفس واما الطرف فليس تبعا للطرف الاخر فيعتبر كل واحد منهما
نفسها قوله وفي شعر الراس الدية اذا حلق فلم ينبت قوله لانه فوت به منفعة الجمال وذكر الامام
التمرتاشي قالوا في حلق راس انسان ولم ينبت يجب الدية الرجل والمراة والصغير
والكبير فيه سواء ولا يطالب بالدية حالة الحلق بل يؤجل سنة لتصور النبات وكذا
حلق اللحية فان مات المحلوق راسه او لحيته قبل مضي السنة ولم ينبت لا شيء فيه
وفيه حكومة عدل قوله ويستوي الخطأ والعمد يعني كما يجب الدية في حلق الراس و
اللحية خطأ فكذا اذا حلقهما عمدا يجب الدية لا القصاص لان القصاص لا يجب في شيء
من الشعور لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا او دلالة والنص انما ورد
في الجراحات قال الله تعالى والجروح قصاص وهذا ليس في معناها لانه لا يحتاج في حلقها
الى ايلام ولا يتوهم فيه السراية كما في الجراحات ثم قيل في حلقها خطأ هو ان يظن
مباح الدم فحلق الراس او اللحية يحتمل ان مراده الاهداب مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل
ذكر في مبسوط شيخ الاسلام وجعل محمد رحمه الله الاشفار اسما للشعور التي تنبت على
حروف العين واطرافها وقد خطأه اهل اللغة في هذا وقالوا الاشفار منابت
الشعر وهي حروف العينين واطرافها والشعور التي عليها تسمى الهدب قالوا
وكانه اخذ من شفير الوادي وهو جانبه وحده فسميت منابت الشعور اشفارا
لانها حد الاجفان ولكن مشايخنا قالوا بان الامر كما قالوا ان الاشفار اسم
لمنابت الشعر واسم الشعور الهدب الا ان الاشفار عن الهدب لا ينفصل معه
كما سموا القربة راوية وهي البعير الذي يستقى عليه لاتصال بين القربة والبعير وكما قيل
للمطر سماء ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا يجب في كل الدية و
يجب في كل ربع ربع الدية ويستوي ان ينتف الاهداب او افسد المنبت او قطع الجفون

كلها

كلها بالاهداب قوله والاسنان والاضراس سواء لو اقتصر على الاسنان لكفى لانه اسم
جنس وفي المبسوط ويستوي في ذلك الانياب والنواجذ والطواحن والضواحك
ومن الناس من فضل الطواحن على الضواحك لما فيها من زيادة المنفعة ومنهم من فضل
بذلك لان النبي عليه السلام قال في كل سن خمس من الابل من غير تفصيل ولان كان في بعضها
زيادة منفعة ففي بعضها زيادة جمال والجمال في الادمي كالمنفعة حتى اذا قيل اذا قلع
جميع اسنانه فعليه ستة عشر الفا اي من الدراهم لان الاسنان اثنان وثلثون فاذا
وجب في كل سن نصف عشر الدية خمسمائة بلغت ستة عشر الفا وليس في البدن جنس
عضو يجب بتفويته اكثر من مقدار الدية سوى الاسنان فاذا قلع اسنان الكوسج فعليه
اربعة عشر الفا لان اسنانه تكون ثمانية وعشرين لما حكي ان امراة قالت لزوجها
يا كوسج فقال لها ان كنت كوسجا فانت طالق فسئل ابو حنيفة رحمه الله عن ذلك فقال ان عد
اسنانه فان كانت ثنتين وثلاثين فليس بكوسج وان كانت ثمانية وعشرين فهو كوسج قوله
لان المتعلق تفويت جنس المنفعة اي الموضع الذي يتعلق به وجوب كمال الدية هو
تفويت جنس المنفعة والله اعلم فصل في الشجاج والمتلاحمة في المغرب هي الشجة نصف
التي تشق اللحم دون العظم ثم تتلاحم بعد شقها اي تتلائم وتتلاصق قال الازهري الاوجه
ان يقال المتلاحمة اي القاطعة للحم وانما سميت بذلك على ما تؤول اليه او على التفاؤل
وفي المبسوط يروى عن محمد رحمه الله ان المتلاحمة قبل الباضعة وهو اختلاف في عبارة الكلمة
لا في الحكم فمحمد رحمه الله ذهب الى ان المتلاحم ماخوذ من قولك التحم الشيئان اذا اتصل
احدهما بالاخر فالمتلاحمة ما يظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها
لانها تقطعه وفي ظاهر الرواية المتلاحمة ما يعمل في قطع اكثر اللحم وهي بعد الباضعة
والامة بالمد من امه اي شجه امة وهي التي تبلغ ام الدماغ حتى يبقى بينها وبين الدماغ
جلد رقيق وام الدماغ الجلدة التي تجمع الدماغ كذا في الصحاح قوله ولا دية فيما فوق
الموضحة اي فيما اكثر شجة من الموضحة وهو ما ذكره بعد الموضحة وهو ثلاث الهاشمة
والمنقلة والامة قوله وقال محمد رحمه الله اي في الاصل وهو ظاهر الرواية يجب القصاص
فيها قبل الموضحة اي قبل الموضحة ذكرا وعند الموضحة اثرا وشجا وهو ستة من
الحارصة الى السمحاق قوله وفيما دون الموضحة حكومة عدل اي دون الموضحة
من حيث الذكر وهو الحارصة الى السمحاق فكذلك ذكره مرة بما قبل الموضحة
ومرة بما دون الموضحة قوله وهذا اختلاف عبارة اي اختلاف في ماخذ الكلمة لا
يعود الى معنى وحكم اي لا يعود الى معنى مؤثر يبتني عليه الاختلاف في الحكم قوله
والحكم مرتب على الحقيقة اي فيما اذا كانت الشجة في الوجه والراس قوله واما اللحيان

Copyright © King Saud University

فقد قيل اللحيان من الوجه وفي الذخيرة الذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت
الذقن وهو اللحيان فمن الوجه عندنا حتى لو وجدت هذه الشجاج الثلث في اللحيان
كان لها ارش مقدر عندنا خلافا لمالك رح وفي مبسوط شيخ الاسلام رح ويجب انه
يفترض غسل اللحيين في الطهارة لانهما من الوجه على الحقيقة الا انا تركنا هذه
الحقيقة بالاجماع ولا اجماع ههنا فبقيت العبرة للحقيقة قوله وقالوا الجائفة تختص
بالجوف جوف الراس او جوف البطن وفي الايضاح الجائفة ما يصل الى الجوف من
الصدر والبطن والظهر والجنبين والاسم دليل عليه وما يصل من الرقبة الى الموضع
الذي اذا وصل اليه الشراب كان مفطرا او ما فوقه لك فليس بجائفة وفي الذخيرة
ولا يكون جائفة على الوجه والراس ونفذت الى الفم ففيه حكومة عدل قوله وتفسير
حكومة العدل ما قاله الطحاوي ان تقوم مملوكا لو كان مملوكا قيمته من غير جراحة
بلغ الفا ومع الجراحة يبلغ قيمته تسعمائة علمت ان الجراحة اوجبت نقصان عشر
قيمته فاوجبت عشر الدية لان قيمة الحر ديته وبه اخذ شمس الائمة الحلواني رح وقال
وفتوى قاضيخان الفتوى على هذا واما تفسير ما قاله الكرخي ينظر كم مقدار هذه
الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك بيان هذا ان هذه الشجة لو كانت باضعة
ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة فان كان مقدار ثلث الموضحة وجب ثلث الارش
الموضحة وان كان ربع الموضحة يجب ربع ارش الموضحة وان كان ثلاث ارباع الموضحة
يجب ثلاثة ارباع الموضحة قال شيخ الاسلام رح هذا هو الاصح كذا في الذخيرة والله
اعلم **فصل** وفي اصابع اليد نصف الدية اي اليد الواحدة قوله على ما روينا و
هو ما ذكر في فصل فيما دون النفس قوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل قوله
وهو الموجب على ما مر وهو قوله ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة الى
آخره قوله لا وجه ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا كما لم يجعل احد
البدلين تابعا للاخرى واما قوله اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب وقال
عليه السلام وفي اليدين الدية فان اسم اليد يتناول هذه الجارحة من رؤس الاصابع
الى الاباط قلنا لا نسلم لان اليد اذا ذكرت في موضع القطع فالمراد به مفصل
الزند بدليل آية السرقة كذا في المبسوط قوله ولا الى ان يكون تبعا اي لا وجه الى
ان يكون تبعا للكف لان الكف تابع للاصابع ولا تبع للتبع لانه من حيث انه تبع لا
يجب للكف من حيث انه اصل للساعد وجب ان يجب له شيء فيؤدي الى الجمع
بين العوضين عن عضو ما لم يكن الساعد تبعا لا الى الاصابع ولا الى الكف
وجب اعتباره اصلا اذ لا وجه الى انفراده فلم يرد من الشارع فيه شيء مقدر
يجب

يجب فيه حكومة عدل قوله حقيقة وشرعا اما من حيث الحقيقة فلان البطش بالاصابع
واما من حيث الحكم فلان الاصبع له ارش مقدر والكف ليس له ارش مقدر وما يثبت
فيه التقدير شرعا فهو ثابت بالنص وما لا تقدير فيه من الشارع فهو ثابت بالرأي
والرأي لا يعارض النص فكان ما ثبت فيه التقدير بالنص اولى وهذا لان المصير
الى الرأي للضرورة وهذه الضرورة لا تتحقق عند امكان ايجاب المقدر بالنص قوله
والترجيح من حيث الذات والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب لان المصير
الى الترجيح بالكثرة عند المساواة في القوة ولا مساواة بين الرأي والنص فلا
يصار الى الترجيح هذا اذا بقي اصبع واحدة واما اذا لم يبق من الاصبع الا مفصل
واحد ففي ظاهر الرواية عند ابي حنيفة رح يجب فيه ارش ذلك المفصل ويجعل الكف
تبعا له لان ارش ذلك المفصل مقدر وما بقي شيء من الاصل وان قل فلا
حكم للتبع كما اذا بقي واحد من اصحاب الخطة في المحلة لا يعتبر السكان وروى الحسن
عن ابي حنيفة رح اذا كان الباقي دون اصبع فانه يعتبر فيه الاقل والاكثر فيدخل الاقل
في الاكثر لان ارش الاصبع منصوص عليه فاما ارش كل مفصل غير منصوص عليه
وانما اعتبرنا فيه الاقل والاكثر ولكن الاول اصح كذا في المبسوط ثم علم انه اذا قطع
الكف ولا اصابع فيها قال ابو يوسف رح فيها حكومة عدل ولا يبلغ بها ارش اصبع لان
الاصبع الواحدة يتبعها الكف على قول ابي حنيفة رح فلا يبلغ قيمة التبع قيمة المتبوع
كذا في الايضاح قوله وفي الاصابع الزائدة حكومة عدل سواء كان في العمد او
الخطاء وسواء فيما اذا كان للقاطع اصبع زائدة ام لا هكذا ذكر في الذخيرة ولا يقال
بان قوله عليه السلام في كل اصبع كذا مطلق وهذا اصبع لانا نقول انما يفهم من خطابات
الشرع ما هو معروف ومتفاهم عند الناس والاصبع الزائدة ليست بهذه
المثابة فلا يتناوله النص قوله وكذا السن الشاغية لما قلنا اشارة الى قوله لانه
جزء من يده والسن الشاغية ايضا جزء من فمه قوله وفي عين الصبي و
ذكره ولسانه اذا لم تعلم صحته حكومة عدل ولم يلزم جواز تحرير الرضيع عن الكفارة
لان المقصود تحرير الرقبة والظاهر سلامتها فيتحقق الامتثال بتحرير الرضيع فلا يجب
غيره بالشك فالظاهر ههنا لا يصلح حجة لايجاب القصاص والدية فلا يجبان
بالشك على انه قال فخر الاسلام رح تاويل تحريره عن الكفارة انه اعتقه عاش
حتى ظهر سلامة اطرافه حتى لو مات قبل ان تظهر سلامة اطرافه لم يتادى به
الكفارة واما ههنا بالقطع ينقطع طريق معرفة السلامة فلهذا امتنع القصاص
والدية قوله ومن شج رجلا موضحة فذهب عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة

Copyright © King Saud University

في الدية وقال زفر ره لا يدخل لانهما جنسان مختلفان فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات
قوله وارش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط اي لو نبت الشعر والتأمت
الشجة وصار كما كان لا يجب شيء ثبت بهذا ان وجوب ارش الموضحة بسبب فوات الشعر وكذلك تجب
الدية ايضا بسبب فوات الشعر كله علم بهذا ان سببهما شيء واحد وهو فوات الشعر ولما كان كذلك
يدخل الاقل في الاكثر كما اذا قطع الكف مع الاصابع حيث يدخل ارش الكف وهو حكومة العدل
في ارش الاصابع وفي المبسوط وجوب ارش الموضحة باعتبار ذهاب الشعر بدليل انه لو نبت
الشعر والتأمت الشجة وصار كما قلنا لا يجب شيء واذا وجب كمال بدل النفس باعتبار ذهاب
الشعر لا يجب ما دونه باعتباره ايضا قوله بسبب واحد وهو فوات الشعر بسبب الشج قوله بخلاف
الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر بالعقل فيدخل ارش الشجة في دية السمع والكلام وفي
البصر ظاهر فلا يلحق به اي بذهاب العقل فكذلك لا يدخل ارش الشجة في دية البصر فقال
في الايضاح وهذا الفرق لا يتضح وذكر في المبسوط بعدما ذكر تعليل ابي يوسف ره ولكنا نقول
محل السمع غير محل الشجة وكذلك محل البصر وتفويتهما لا يبدل النفس فانما يجب الدية
بتفويت منفعة مقصودة فيكون بمنزلة ذهاب البصر بالشجة **قوله** قالوا ينبغي ان يجب
الدية فيهما اي قال المشايخ ره على قول ابي حنيفة ره ينبغي ان يجب الدية في العينين والارش
في الموضحة **قوله** قالوا وينبغي ان يجب الدية في العينين اي قال المشايخ على قول ابي يوسف
ومحمد ره يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين اما كونه لفظ قالوا لان الاول في
قول ابي حنيفة ره والثاني في قولهما **قوله** هما في الخلافية اي فيما اذا شج رجلا موضحة فذهب
عيناه قالا في الموضحة القصاص وفي العينين الدية **قوله** وله انه الجراحة الاولى سارية
الى هذه وابو حنيفة ره يقول هذه جناية وسرايتها فيه تعذر ايجاب القصاص باعتبار
سرايتها فلا يجب القصاص باعتبار اصلها كما لو قطع مفصلا فشلت الاصبع وهذا لان
السراية اثر الجناية وهي مع اصل الجناية في حكم فعل واحد والدليل على انه سراية انه
تعذر اثره في نفس واحدة والسراية عبارة عن الالم سيما فيتعدى من الجناية على البعض
وذلك في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع اصل النفس اذا مات
من الجناية **قوله** بخلاف النفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة
ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد من ان يجعل
ذلك في حكم فعل على حدة وهو خطأ ثم يعتبر حكم كل فعل بنفسه او نقول ان ذهاب
البصر هنا بطريق التسبب فان الفعل الاول بقي شجة على ما كانت والاصل في …
الافعال اذا حدثت لم يبق الاول كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا ولم يبق قطعا
وهنا الشجة لا تنعدم بذهاب البصر فكان الفعل الاول تسببا الى فوات البصر …

حز

حد المس والتسبب لا يوجب القصاص **قوله** فاورثت نهايته شبهة الخطأ في البداية يعني
اذا صار لا يوجب القود بما قبيل انه كذلك في البداية **قوله** بخلاف ما اذا وقع السكين على
الاصبع يعني لو قطع اصبعا فاضطرب السكين واصاب اصبعا اخرى خطأ يقتص للاولى
دون الثانية لانها قد صادفت مقصودة ونحن نسلم انها تصلح مقصودة وانما الكلام في احتمال
الاتحاد وذلك بعينه السراية يكون وقد وجد كذا ذكره فخر الاسلام ره في الجامع الصغير
وفي الايضاح بخلاف ما اذا انسل السكين الى اصبع اخرى لان القطع في الاخرى ليس
من اثر الفعل الاول بل جناية مقصودة فانفرد بحكمه **قوله** لانه ليس فعلا مقصودا اي
لان ذهاب العينين بالسراية في مسئلة الشجة ليس فعلا وراء الشجة فيكون السراية
صفة الشجة فيكون الفعل واحدا ولا كذلك ههنا لان قطع الاصبع فعل غير الاول او يكون
معنى قوله لانه ليس فعلا مقصودا ان قطع الاصبع الاخرى لا تعلقه من الاولى اذ الخطاء
لا تعلق من العمد فلا يمكن ان يجعل الباقي تتمة للاول ونهاية له فلا يورث شبهة في الاول
لكونهما فعلين متغايرين منفصلا احدهما عن الاخرى من كل وجه بخلاف السراية لانها
تتعلق بالفعل ما امكن ان يجعل تتمة الفعل ونهاية له فيورث السراية شبهة في اولها
قوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه اي في قوله ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه الى
آخره **قوله** بخلاف سراية الى النفس اي قطع اصبع رجل عمدا فسرى ومات يجب القصاص
ظلما اي عمدا **قوله** الاترى ان الشجة تقع موجبة في نفسها ايضاح لقوله لما ان ذهاب
العينين بالسراية بطريق التسبب لا بطريق المباشرة اذ لو كان بطريق المباشرة لكان
المعتبر ذهاب العينين في اثبات موجبه دون الشجة كما اذا سرى الموضحة الى النفس
لا تقع الموضحة معتبرة حتى لا يجب موجبها بل المعتبر هو الجناية على النفس **قوله** وهو على
الرواية ما بينا يعني يقتص منه على رواية ابن سماعة عن محمد ره وعلى الرواية المشهورة
لا قصاص لما لو كسر السن فسقطت **قوله** وعن ابي يوسف ره انه يجب حكومة عدل اي
فيما اذا قلع سن رجل بالغ ثم نبت مكانها اخرى يجب حكومة العدل لمكان الالم الحاصل
يقوم وليس به هذا الالم ويقوم وبه هذا الالم فيجب ما انتقص منه بسبب الالم من القيمة
كذا نقل عن ركن الائمة الصباغي **قوله** فعلى القاطع الارش كاملا لان هذا مما لا يعتمد قال
شيخ الاسلام ره وهذا اذا لم تعد الى حالة الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال والغالب
ان لا يعود الى تلك الحالة لان المقلوع لا يلتزق بالعصب والعروق فيكون وجود هذا النبات
والعدم بمنزلة فاما لو تصور عود الجمال والمنفعة بالاثبات لم يكن على القاطع شيء كما لو
نبت السن المقلوع كذا في الذخيرة وهذا بناء على … بالاجماع ثم هذه …
في الفصل … التي فيها ان في سن البالغ اذا سقط ينتظر حتى يبرأ موضع السن لا الحول

Copyright © King Saud University

هو الصحيح لان نبات سن البالغ نادر فلا يفيد التاجيل الا انه قبل البرء لا يقتص ولا يؤخذ
الارش لانه لا بد من عاقبة وفي الذخيرة وبعض مشايخنا ره قالوا الاستيناء حولا في فصل
القلع في البالغ او الصغير جميعا لقوله عليه السلم في الجراحات كلها يستانى حولا وفي
المجرد عن ابي حنيفة ره اذا انتزع سن انسان ينبغي للقاضي ان ياخذ ضمينا من القالع ثم
يؤجله سنة من يوم النزع فاذا مضت سنة ولم ينبت اقتص قال هشام قلت لمحمد ره فمن
ضرب سن رجل فسقط استانى بها حولا لعلها تنبت قال لا فقلت قال واحد من اخوانك
ينتظر قال لا انما ذلك اذا تحركت قوله واختلفا قبل السنة فيما سقط بضربه اي قال
المضروب سقطت من ضربك وقال الضارب لا بل من ضرب حدث فالقول للمضروب
ليكون التاجيل مفيدا لان التاجيل ما كان الا ليظهر اثر فعله في تلك المدة فكان
من ضرورة اعتبار الاجل ان يعتبر قول المضروب اذ لو لم يعتبر لم يكن مفيدا واما بعد
مضي الحول فقد انتهى وقت ظهور الاثر فالمضروب يدعي على الضارب ان السقوط من
اثر فعله وهو منكر فكان القول قوله قوله وسنبين الوجهين بعد
هذا اي وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه حكومة الالم والموعود بعد هذا قوله
سقط الارش عند ابي حنيفة ره لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف ره ارش
الالم لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال قوله ولكنها اسودت يجب الارش وفي
الذخيرة ان محمدا ره اوجب كمال الارش باسوداد السن ولم يفصل بين ان يكون الخلاف
فيهما على التفصيل ان كان السن من الاضراس التي لا ترى ان فات منفعة المضغ بالاسوداد
يجب الارش كاملا وان لم يفت منفعة المضغ يجب فيه حكومة عدل لان منفعته
نامية وجماله ليس بظاهر فهو كيد في الرجل فيجب فيه حكومة عدل وان كان من العوارض
التي ترى يجب كمال الارش وان لم يفت منفعته لانه فوت جماله ظاهرا على الكمال قوله لما
ذكرنا وهو قوله لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا تسود منه قوله وكذا لو احمر او اخضر اي لا
قصاص بل يجب الارش في الخطأ على العاقلة وفي العمد في ماله وان اصفرت روى ابو
يوسف ره عن ابي حنيفة ره ان فيها حكومة عدل وذكر هشام في نوادره عن محمد ره
عن ابي حنيفة ره انه قال في الحمرة يجب الارش وفي الصفرة حكومة وعند محمد ره فيها
حكم عدل وهو قول ابي يوسف ره لان الجمال على الكمال في بياض السن وبالصفرة
ينقص بعض الجمال فيها ولهذا يجب في الصفرة حكومة عدل كذا في الحدود لابي حنيفة ره
ان الصفرة من الوان السن فلا يكون دليل فوت السن بخلاف السواد فانه دليل
موته والمطلوب من السن في الاحرار المنفعة وهي باقية بعدما اصفرت وفي المماليك
المالية وقد ينقص المالية بالاصفرار كذا قرره في المبسوط قوله فصار كانه اخذه

من مال

من ماله لانه انما لزمه اجر الطبيب وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله فيرجع عليه
قوله الا ان ابا حنيفة ره يقول ان المنافع على اصلنا لا تتقوم هذا جواب عن قولهما وهو قوله
فالالم الحاصل ما زال فيجب تقويمه وقوله انما لزمه اجر الطبيب بفعله فان تحمل الالم من المنافع
وكذلك معالجة الطبيب قوله والمنافع انما تتقوم بالعقد كما في عقد الاجارة الصحيحة والمضاربة
الصحيحة او شبهه كما في عقد الاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد احدهما
في حق الجاني فلا يغرم شيئا ولا قيمة لمجرد الالم الا ترى انه لو ضربه ضربا تالم بها ولم يؤثر لا
شيء ارايت لو شتمه شتيمة آلمه كان عليه ارش باعتبار الايلام حل بقلبه قوله ومن ضرب رجلا
مائة سوط فبرأ منها فعليه ارش معناه اذا بقي اثر الضرب انما قيد بقوله فجرحه لانه اذا لم
يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وكذا ذكره الامام الكسائي وقاضيخان ره قوله ثم
قتله اي خطأ قوله وكل عمد سقط فيه القصاص بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا قوله الحديث
تمام الحديث ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة وقوله ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا اي لا يعقل عاقلة الانسان ما جنى على عبد فيما دون النفس لان
اطراف العبد يسلك بها مسلك الاموال والعاقلة لا تعقل الجنايات المالية حتى لو
قتل عبد انسان خطأ فالقيمة على العاقلة لانها بدل الدم ودم العبد لا يسلك بها مسلك
الاموال وقد قيل ان المراد منه ان العبد اذا جنى جناية فالمولى هو الذي يلزمه الدفع
او الفداء دون عاقلة المولى كذا في الايضاح قوله لانه مال وجب بالقتل ابتداء لا بمعنى حادث
بعد القتل كالصلح على المال قوله واذا قتل الاب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين
فان قيل لما وجب المال يجب حالا لان وجوب المال بمنع الشبهة قيل لو وجب القصاص
هنا لانه عمد الا انه تعذر استيفاؤه لشرف الابوة فوجب البدل كيلا يهدر الدم وللبدل
حكم المبدل وقال القاضي الامام ابو زيد ره يجب القصاص على الصبي كما يجب عليه ارش
الجنايات وضمان المتلفات الا انه سقط لكونه مظنة للرحمة قوله لان القياس يابى
تقوم الادمي بالمال لعدم التماثل لان الادمي مالك مبتذل والمال مملوك مبتذل فلا
يتماثلان قوله لا سيما الزيادة وهي المعجل لان المعجل ازيد على المؤجل من حيث الوصف
في المالية الا ترى ان في العرف يشترى الشيء بالنسيئة باكثر مما يشترى بالنقد فايجاب
المال حالا بالقتل زيادة على ما اوجبه الشرع معنى كذا في المبسوط قوله فلما لم يجز التغليظ
باعتبار العددية قدرا اي لم يجز الزيادة على عشرة آلاف درهم لا يجوز وصفا لان الوصف
تبع القدر قوله لما روينا وهو قوله عليه السلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا اعترافا قوله
وقال الشافعي ره عمده عمد اي عمد لكل احدهم قوله ولهذا لا يجب الكفارة اي لهذا المعنى
يتعلق بالمال اي لما فيه لانهم اجمعوا ان التكفير بالصوم لا يجب قوله على اصله اي

Copyright © King Saud University

هذا ان الحكمان وهما وجوب الكفارة وحرمان الميراث على اصل الشافعي لانهما تعلقان
بالقتل والله اعلم **باب** في الجنين ففيه غرة نصف عشر الدية غرة المال خياره كالفرس
والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة كذا في المغرب وفي مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله سمي
بدل الجنين غرة لان الواجب عبد او امة سمي غرة وقيل لان اول مقدار ظهر في باب
الدية وغرة الشيء اوله كما سمي اول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه اول شيء
يظهر منه الوجه **قوله** وهي على العاقلة عندنا اذا كان خمسمائة درهم وقيل معناه لما كانت
خمسمائة وقيل هذا احتراز عن جنين الامة اذا كانت لا يبلغ خمسمائة ولكن هنا
القيد لما يفيد اذا كان وجب غرم جنين الامة على العاقلة عند بلوغها خمسمائة درهم
لانه وما يجب بجنين الامة هو في مال الضارب مطلقا كذا في الايضاح والزخيرة فلا
يفيد القيد في حق العاقلة **قوله** لانه بدل العضو اي جزء الام ولهذا لا يصلى عليه ولا
يسمى ولا يرث **قوله** ولهذا سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم دية وهو اسم لبدل النفس
فان امرأة ضربت بطن صاحبتها بعمود فسطاط فالقت جنينا ميتا فاختصم اولياؤها
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام للاولياء الضاربة دوده فقالوا اندي
من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا اكل ومثل ذلك يطل فقال عليه السلام اسجع كسجع
الكهان قوموا فدوه **قوله** الا ان العاقلة لا يعقل ما دون خمسمائة يعني انه عليه
السلام لما سمي ها دية وبدل النفس كان ينبغي ان يحملها العاقلة وان كان دون خمسمائة
لان بدل النفس يحمله العاقلة قلّ او كثر الا ان الغرة بدل الجزء من وجه فلهذا لم يحمله
العاقلة اذا لم يبلغ خمسمائة **قوله** لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من
نصف العشر اكثر بالنصف على الدية من اقل وهو الصحيح لكن التقريب بما يأتي انه
لو كان نصف العشر واجبا في سنة لان الغرة مقدرة بنصف العشر ولم يتعرض له الا انه
لما كان اكثر من نصف العشر مؤجلا بسنة فاولى ان يكون نصف العشر مؤجلا بها
قوله بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على الواجب يجب في ثلاث كما اذا اشترك عشرون
رجلا في قتل رجل خطا يجب على كل واحد منهم نصف عشر الدية في ثلث سنين **قوله**
يتفاوت بها في الدية اي في المالكية وفي الايضاح لانه يفضل بدل الذكر على
بدل الانثى باعتبار تفاضل ما بينهما في المالكية فان الذكر مالك المال والنكاح والانثى
مالكة المال ومملوكة نكاحا فكان التفاوت بينهما فيما هو من خصائص الادمية وهنا
المعنى موثر في التفاوت في البدل وهذا المعنى معدوم في الجنين فاذا لم يتفاوتا استويا
في البدل وانما يتفاوتان في الجنين باعتبار النشو والانثى في بعض النشو يسبق الذكر
الذكر فربما يكون الانثى اسرع نشوا كما بعد الانسان فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على
الذكر

الذكور المتصور **قوله** وفي جنين الامة اي الذي لا يعلق من مولاها ولا من المغرور الذي الحمل
من احدهما حر يجب الغرة ذكرا كان او انثى **قوله** اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا
وعشر قيمته لو كان انثى يعني ان هذا اثر يقوم الجنين بعد انفصاله ميتا على لونه وهيأته
لو كان حيا فينظر كم قيمته بهذا المكان فاذا ظهر قيمته الكل بعد هذا ان كان ذكرا يوجب
نصف عشر قيمته وان كان انثى يجب عشر قيمته ولوضاع الجنين ولم يكن تقويمه باعتبار لونه
وهيأته على تقدير انه حي ووقع التنازع في قيمته بين الضارب وبين مولى الامة المضروبة
كان القول قول الضارب لانكار الزيادة كمن قتل عبدا خطا ولم يشاهد القاضي قبل
قتله حتى عجز عن تقويمه باعتبار حاله وهيأته لو كان حيا ووقعت المنازعة بين صاحب
القتيل والقاتل يجعل قول القاتل مع اليمين كذا هنا **فان قيل** ربما يمكن الوقوف على كونه
الجنين والوثيقة فاذا يجب **قلنا** ناخذ بالمتيقن كمن قتل عبدا خطا والمقتول خنثى
مشكل فانه يجب المتيقن كذا ههنا كذا في الذخيرة **قوله** لان ضمان الطرف لا يجب الا عند
ظهور النقصان حتى انه لو لم يظهر فيه النقصان لا يجب كما لو قلع سنا فنبتت مكانها اخرى
لم يجب شيء وههنا بدل الجنين وان لم يكن في الام نقصانا دل ان وجوبه باعتبار النفسية
قوله ولا معتبر اي بظهور النقصان في ضمان الجنين بدليل انه يجب ضمان الجنين فانه لم
يظهر في الام نقصان **قوله** وقال ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام وفي
المبسوط وجب البدل في جنين الامة قول ابي حنيفة ومحمد وهو الظاهر من قول ابي
يوسف وعنه في رواية انه لا يجب الا نقصان الام ان تمكن فيه نقص وان لم يتمكن لا يجب شيء
كما في جنين البهيمة لان الضمان في قتل الرقيق عنده ضمان مال حتى يجب قيمته بالغة ما
بلغت **قوله** تنظر الى حالتي السبب والتلف يعني وجب القيمة دون الدية اعتبار الحالة
الضرب اوجب قيمته حيا لا مشكوكا في حيوته اعتبارا لحالة التلف لا يقال ان هذا
اعتبار لحالة الضرب فقط لان الواجب في تلك الحالة قيمته حيا ايضا لانا نقول جاز ان لا
يكون حيا فلا يجب قيمته حيا هناك بل يجب الغرة **قوله** ولنا ان الكفارة فيها معنى العقوبة
لانها شرعت زاجرة والزجر انما يكون بشيء فيه عقوبة حتى انها تتادى بالمال الحال بشق
الروح فكان ازالة المال منه بمنزلة ازالة الروح ومن وجه عبادة لتاديه بالصوم **قوله**
فكذا في حق هذا الحكم وهو وجوب الغرة والمرأة اذا ضربت بطن نفسها او شربت دواء
لتطرح الولد متعمدا او عالجت فرجها حتى سقطت الولد ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت
بغير اذن زوجها وان فعلت باذنه لا يجب شيء كذا في الصغرى والله اعلم **باب** ما يحدثه
الرجل في الطريق وقال في الصحاح الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا الكنيف
المستراح والجرصن دخيل اي ليس بعربي اصلي وقد اختلف فيه قيل البرج وقيل مجرى الماء

بركبة الحائط وعن الامام البزدوي رحمه جذع يخرجه الانسان من الحائط ليبني عليه كذا
في المغرب وفيه العرض بالضم الجانب وفلان من عرض العشيرة اي من شقها لا من
صميمها والمراد الفقهاء العبا العصبات وقيل المراد بالعرض ههنا العامة الناس في المنزلة
اي ضعفهم بمنزلة واراذلهم وذكر الامام المحبوبي رحمه في الجامع الصغير الجرصن البرج الذي
يكون في الحائط ثم قال الكلام في المسئلة في ثلاثة مواضع احدها انه هل يحل احداث
هذا في الطريق ام لا والثاني في الخصومة في الدفع والثالث في ضمان ما يتلف بهذه
الاشياء اما في الاحداث فقال شمس الائمة السرخسي رحمه في شرح هذا الكتاب فان كان
الاحداث يضر باهل الطريق ويحول بينهم وبين المرور في الطريق فليس له ان يحدث ذلك
وان كان لا يضر باحد لسعة الطريق جاز له احداثه ما لم يمنع منه لان الطريق معد للتطرق
وهو حق العامة وفي احداث شيء فيما هو حق لعامة المسلمين بغير الضرر عملا بقوله
عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ففيما يتمكن فيه الضرر وهو آثم في الاحداث لغيره وفيما
لا يتمكن فيه الضرر يترفق بالمباح ولا يضر به بما ينفع غيره فالمار ينتفع به من حيث انه يدفع
من الثلج والمطر والبرد قال الفقيه ابو الليث رحمه وهذا نظير رجل له غريم دين فان طالبه
صاحب الدين بقضائه لا يسعه ان يؤخر دفعا للضرر عن صاحب الدين وان لم يطالبه
كان في سعة من تأخيره وعلى هذا لو قعد الرجل في الطريق يبيع ويشتري ان كان الطريق
واسعا لا يتضرر الناس بقعوده جاز له ان يقعد وان كان فيه ضرر بالناس لا يجوز له
القعود واما في الخصومة فقال ابو حنيفة رحمه لكل واحد من عرض الناس ان يمنعه
من الوضع وان يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر او لم يكن اذا وضع بغير
اذن الامام لان التدبير فيما يكون حقا للعامة للامام لتسكين الفتنة فالذي يضع
بغير اذنه يفتات على رأي الامام فيه فلكل احد ان ينكر عليه وعلى قول ابي يوسف
رحمه لكل احد قبل الوضع ان يمنعه منه لا بعد الوضع لانه قبل الوضع لكل احد شيء
فالذي يحدث يريد ان يجعلها في حق نفسه خاصة فاما بعد الوضع فقد صار
في يده فالذي يخاصم يريد ابطال يده من غير دفع الضرر عن نفسه فيكون متعنتا
وعلى قول محمد رحمه ليس له ان يخاصم بالمنع ابتداء ولا بالدفع انتهاء اذا لم يكن فيه ضرر
لانه ماذون في احداثه شرعا فهو كما اذن له الامام فيه بخلاف ما لو كانت السكة غير
نافذة فانه ممنوع من احداثه شرعا وان لم يكن يتضرر به اهل السكة لانها كالمملوكة
لهم وفي الملك المشترك لا يعتبر الضرر وعن ابي القاسم الصفار رحمه انه قال انما تثبت
الخصومة اذا لم يكن له مثل ذلك الذي يريد من غيره وان كان له مثل لا يثبت
له الخصومة لانه لو اراد ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يبدأ دل انه متعنت

وليس

وليس يحنث لا يقضي بالهدم خصومة العبد والصبيان المحجورين لان خصومة المحجور
لا يعتبر في مال الغير فكذلك فيما العبد وان خاصمه ذمي يقضي عليه بالهدم لان للذمي حقا في الطريق
وهذا اذا بنى على طريق العامة ببنائه لنفسه وان بنى شيئا للعامة كالمسجد ونحوه لا يضر بالمسلمين
لا ينقض كذا روي عن محمد رحمه واما الضمان فنقول الذي اخرجه ضامن لما تلف به لانه
متعد في التسبب للاتلاف من حيث انه شغل بما صنع بطريق المسلمين فيضمن كما لو وضع
حجرا على قارعة الطريق لكن المتلف ان كان آدميا فالضمان على عاقلته وان جرح انسانا
ان بلغ ارشه ارش الموضحة يجب على العاقلة واما اذا كان دونه يجب في ماله وان اصاب
مالا فاتلفه فضمانه في ماله قوله اذا المانع متعنت اي المانع من الانتفاع والمتعنت هو
الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه ولا لغيره وقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام
اي لا يضر الرجل اخاه ابتداء ولا جزاء لان الضرر بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرار
من اثنين بمعنى المضارة وهو ان تضر من ضرك كذا في المغرب والضرر في الجزاء هو ان
يتعدى المجازي عن قدر حقه في القصاص وغيره الدرب الباب الواسع على السكة
والمراد به في قوله نافذ او غير نافذ السكة الواسعة نفسها كذا في المغرب
لانها مملوكة لهم اي الغالب انها مملوكة وذكر الامام الكشاني في ذلك باهل لان يأذن جميع
اهل الدرب لانها مملوكة لهم هذا هو الغالب في الجامع الصغير لفخر الاسلام المراد
بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة الملك فقد ينفذ وهي مملوكة وقد يسد
منفذها وهي للعامة ولكن ذلك دليل على الملك غالبا فاقيم مقامه ووجب العمل به
حتى يدل الدليل على خلافه الروشن الممر على العلو وهو مثل الجناح كذا في المغرب وقيل
الروشن الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور قوله وكذا اذا
تعثر بنقضه انسان اي عطب وفي بعض النسخ وكذا اذا عطب بنقضه انسان اي في
الدية على عاقلة من احدث الروشن ونحوه قوله وان عثر بذلك اي بالنقض رجل
فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه فيهما اي فيضمنهما على من اشرع الروشن
او غيره قوله اعتبارا للاحوال اي الحالين يعني لو اعتبر الطرف الذي في الجدار لا يضمن
شيئا ولو اعتبر الطرف الآخر يضمن الكل فقلنا بضمان النصف في فتاوى قاضيخان وان
لم يعلم بما اصابه في القياس لا شيء عليه لوقوع الشك في الضمان وفي الاستحسان يضمن
النصف قوله ويبرأ ما ليس منها اي عيب ما يحدث منه وهذا التبري لا ينفعه لانه تبرأ
من ضمان يجب عليه وتبرؤ الانسان عن ضمان يجب عليه للغير باطل وان كان بعد سبب
الوجوب قوله فالضمان على البائع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه وهو
الموجب وكذلك في الجناح وجدت الجناية من البائع بشغل هواء المسلمين بالجناح

Copyright © King Saud University

وبالبيع لم يملك هذا الشغل فيجب جنايته على عاقلتها **فان قيل** المشتري صاحب الشغل بالامتناع من
الدفع مع تمكنه منه شرعا **قلنا** المشتري غير مباشر ولا مسبب له فقام الفعل مقام ما اذا صار
تاركا معروفا فلا يضمن كمن راى اعمى يقع في البئر فلم يمنعه من الوقوع حتى مات او راى انسانا
يموت من الجوع وعنده طعام فلم يدفعه اليه حتى مات او وضع رجل حجرا في الطريق فمر انسان
وامكنه الدفع كان عليه ان يدفع فان لم يدفعه حتى عثر به انسان ومات لا ضمان عليه لما
انه غير مباشر ولا مسبب **قوله** ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم احترقت لا يضمن
اي لو حركت الريح عين الجمر انما قيد به لان عند اصحابنا ان الريح اذا ذهبت بشررها
فاحرقت شيئا فالضمان عليه في ذلك لان الريح اذا ذهبت بشررها لم يذهب بعينها
فالعين باق في مكانه فكانت الجناية باقية فكان ضمان ذلك عليه **قوله** وقيل اذا كان
اليوم ريحا يضمنه هذا اختيار شمس الائمة السرخسي رح وكان شمس الائمة الحلواني رح
لا يفتي بالضمان من غير تفصيل كذا ذكر في الذخيرة **قوله** وقد تفضي اليها اي الى عاقبته
وهي الحرق بواسطة الريح فلا ينفسخ حكم فعله بالانتقال من موضع الى موضع لانه كان
عالما بمنزلة الدابة التي جالت في رباطها كذا في المبسوط **قوله** ولو استاجر رب الدار
العملة آه قال شيخ الاسلام رح هو على وجوه ان قال يخرج الجناح للاجراء ابنوا
جناحا لي على فناء داري فانه ملكي او لي حق اشراع الجناح اليه من القديم ولم يعلم
العملة حتى بنوا جناحا ثم سقط فاصاب شيئا فالضمان على الاجراء ويرجعون
بالضمان على الامر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل او بعده
لان الضمان وجب على العامل بامر الامر فكان له ان يرجع به عليه كما لو استاجر رجل
غيره ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح فللمستحق ان يضمن الذابح ويرجع
الذابح به على الامر كذا هنا وان قال المستاجر للاجراء اشرعوا الى جناحا على فناء
داري واخبرهم انه ليس له حق اشراع الجناح او لم يخبرهم حتى بنوا جناحا بامره ثم
سقط وتلف شيئا ان سقط قبل فراغهم من العمل فالضمان على الاجراء فلم يرجعوا
به على الامر قياسا واستحسانا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذلك الشاة على جواب
القياس لان المستاجر امر الاجراء بما يملك مباشرته بنفسه وقد علموا بفساد
الامر فلم يحكم بالضمان على المستاجر كما اذا استاجره ليذبح شاة جاره فذبح ثم
ضمن الذابح الجار ثم يرجع به على الامر وفي الاستحسان يكون الضمان على الامر لان
هذا الامر صحيح من حيث ان فناء داره مملوك له من وجه على معنى انه يباح له الانتفاع
بشرط السلامة ولكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث
ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الامر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد

يكون

يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من
العمل اولى من اظهاره قبل الفراغ لان امر الامر انما صح من حيث انه يملك الانتفاع به انتفاعا
دائما وانما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل فلذلك كان اظهار شبه الصحة بعد
الفراغ اولى من اظهاره قبل الفراغ كذا ذكره الامام المحبوبي رح **قوله** فالضمان على
رب الدار استحسانا وفي القياس هذا كالاول لانهم باشروا احداث ذلك في الطريق
وصاحب الدار ممنوع من احداثه انما يعتبر امره فيما له ان يفعل بنفسه **قوله** بخلاف
ما اذا فعل ذلك في سكة غير نافذة يعني لو صب الماء او رش او توضأ في سكة غير
نافذة فعطب به انسان ينظر ان فعل ما ليس من جملة السكنى كحفر البئر لا يضمن حصة
نفسه ويضمن حصة شركائه وان فعل شيئا من جملة السكنى كما اذا وضع خشبة او
توضأ او قعد او وقف دابة فعطب به انسان فالقياس كذلك وفي الاستحسان لا يضمن
شيئا لان الطريق في سكة غير نافذة مملوك لاهل السكة مشترك فيما بينهم فكان
الجواب فيه كالجواب في الدار المشتركة انه اذا احدث احد الشركاء حدثا بغير اذن شركائه
على التفصيل الذي ذكرناه كذا ههنا بخلاف ما اذا كانت السكة نافذة **قوله** واذا استاجر
اجيرا يبني له في فناء حانوته الى قوله يجب الضمان على الامر استحسانا **قوله** هذا اذا
لم يكن الفناء مملوكا للمستاجر والفناء لسعة امام البيوت وقيل ما امتد من جوانبها
كذا في المغرب ذكر الامام التمرتاشي رح ان الفناء ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة
وكسر الحطب ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد
الامر بخلاف الفناء لانه يباح له ذلك فيما بينه وبين ربه احداث مثل ذلك في فنائه اذا
كان لا يتضرر به غيره وقد جرت العادة بذلك في بلاد المسلمين فاعتبر امره فيه لذلك
ولما كان الفناء غير مملوك له يتقيد بشرط السلامة البالوعة ثقب في وسط
البيت كذلك البلوعة ذكرها في الصحاح الافتيات الاستبداد بالراي افتعال
من القوت السبق وفي حديث عبد الرحمن بن ابي بكر يفتات عليه في بناته مثلها
المفعول اي لا يصلح امر بناته بغير اذنه كذا في المغرب **قوله** او هو مباح مقيد بشرط
السلامة وفي شرح الاقطع وقد قالوا لو تعد في الطريق فتعثر به او لحقه ضغطه
فعثر به انسان ضمن لان المشي في الطريق مباح بشرط السلامة كما ان الله تعالى
اباح للمحل الصيد ولو رمى الى صيد فاصاب انسانا او شاة ضمن واعتبر فيه
السلامة فكذا هنا **قوله** وكذا الجواب على هذا التفصيل وهو انه فعل بامر من له
الولاية في الامر لا يضمنه ولو فعل بنفسه من غير امر من احد يضمنه **قوله** فما
ذكرناه اي من اول الباب الى هنا من اخراج الكنيف والميزاب والجرصن ونحوها

Copyright © King Saud University

الى الطريق الاعظم وكذلك اشراع الروشن وحفر البير في طريق المسلمين **قوله** وغيره وهو
كفناء الظلة وغرس الاشجار ورمي الثلج والجلوس للبيع وهذه الاشياء غير
مذكورة وقد ذكرها الامام التمرتاشي رح **قوله** او كان له حق الحفر فيه بان كان لا يضر
بالمارة واذن له الامام **قوله** اعمى اي الحقا بالعقوبة وفي الصحاح يوم غم اذا كان
ياخذ النفس من شدة الحر **قوله** لانه مات من معنى في نفسه اي صار كانه مات
حتف انفه لا بسبب الوقوع في البير وفي المبسوط وابو حنيفة رح يقول انما يصير
هلاكه مضافا الى الحفر اذا هلك بسبب الوقوع ليجعل الحافر كالدافع له واما اذا مات
عليه سبب اخر هو سبب هلاكه كالجوع الذي يباح من طبعه او الغم الذي اخذ في
قلبه فانما يكون هلاكه مضافا الى هذا السبب فلا صنع للحافر فيه **قوله** ولانه لا سبب للغم
سوى الوقوع لانه جعل الارض عميقا وهو من اثار حفره فان البير تنبعث منها
العفونة فلا يكون سبب سوى الوقوع في البير واما الجوع فله سبب اخر سوى الوقوع
وهو بعد الطعام عنه واحرق معدته حين لم يبق فيها شيء من مواد الطعام **قوله** لو
كان الطعام قريبا منه والحافر منعه فذلك السبب ذا الحكم تارة يضاف الى
بغير واسطة وتارة بواسطة **قوله** لان الاول تعدي هو تسبب وهو بناء القنطرة
ووضع الخشبة وانما سمي بناء القنطرة ووضع الخشبة تعديا لان الذي جعل القنطرة
ليس حقا على غيره فان التدبير في وضع القناطر على الانهار العظام من حيث تعيين
المكان والضيق والسعة للامام فكان جناية بهذا الاعتبار والجناية تعدي كذا في
مبسوط شيخ الاسلام **قوله** والثاني تعدي وهو مباشرة لانه اذا تعمد المرور بان كان
بصيرا او يجد موضعا آخر للمرور وصار متعديا بنفسه لتلفه اليه جعله المسبب بصار
كانه اتلف نفسه اما اذا لم يتعمد بان كان اعمى او مر ليلا يضمن اذا وضعه بغير الامام فاما
اذا وضعه باذن الامام فلا يضمن **قوله** وهذا اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو
ضامن **قوله** يشمل الوجهين وهما تلف الانسان بوقوع ذلك الشيء المحمول عليه او
تلف الانسان بالتعثر بذلك الشيء المحمول بعدما وقع في الطريق **قوله** وعن محمد رح اذا
لبسه ما لا يلبس فهو كالحامل اي لبس ثوبا بزيادة على قدر الحاجة يضمن اذا سقط
منه وعطب به انسان لانه لا يتم به اللبس **قوله** كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا فان
شهادته من حيث انها شهادة في حقوق الله تعالى حسبة كانت قربة ولكن من شرط
قبول الشهادة في الزنا ان يكون الشهود اربعة ممن يسمع شهادته فلما نقصت تلك الشهادة
من ذلك العدد انقلبت الشهادة قذفا يوجب حد القذف على الشاهد **قوله** ولو كان جالسا
لقراءة القران او للتعليم او للصلوة او نام في اثناء الصلوة او نام في غير الصلوة او مر فيه

مارا

جامعة الرياض - المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

مارا او قعد فيه لحديث هو على الخلاف المذكور وذكر شمس الائمة السرخسي رح في الجامع
الصغير رح الصحيح من الجواب على قول ابي حنيفة رح اذا كان الجالس منتظرا للصلوة فانه لا
يكون ضامنا لما يعطب به لقوله عليه السلام المنتظر للصلوة في الصلوة ما دام فيها ينتظرها
واما الخلاف فيما اذا جلس لعمل لا يكون له اختصاص بالمسجد من درس الفقه والاعتكاف
او قعد لذكر الله تعالى وتسبيحه ويقرأ القران فعثر به انسان فمات هل يضمن على قول ابي حنيفة رح
وقال لا يضمن واليه ذهب ابو بكر الاسكاف وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب ابو عبد الله
الجرجاني رح فاما اذا كان يصلي فعثر به انسان فانه لا ضمان عليه سواء يصلي الفرض او
التطوع لان التطوع يصير فرضا بعد الشروع قال الفقيه ابو جعفر رح في كشف
الغوامض سمعت ابا بكر البلخي رح ان جلس يقرأ القران او يعتكف في المسجد لا
يضمن عندهم جميعا وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد في الجامع الصغير ان جلس
للحديث فعطب به انسان ضمن بالاجماع لانه غير مباح وان جلس رجل من غير
العشيرة فيه في الصلوة فتعقل به انسان لا يضمن في الصحيح لان المساجد بنيت
للصلوة العامة من غير خصوص فكان لكل واحد ان يصلي فيه وحده وانما التفويض
الى اهل المسجد امر الصلوة بالجماعة **فصل** في الحائط المائل **قوله** والقياس ان
لا يضمن وهو قول الشافعي رح **قوله** لانه صنع منه مباشرة اي لانه لم يباشر التلف ولم
يباشر ما هو شرط التلف وهو متعد فيه وصورة الطلب ان يقول ان حائطك هذا
مائل فاهدمه وفي المنتقى رجل له حائط مائل فقال له آخر اهدم هذا الحائط فانه
مائل وهذا اشهاد عليه ولو قال ينبغي لك ان تهدم فهذا ليس باشهاد عليه بل هو
مشورة ويشترط لصحة التقدم والطلب ان يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ
لان الفعل انما يطلب من القادر حتى لو تقدم الى من يسكن الدار باجارة او عارية
ثم سقط الحائط حتى سقط على انسان لا ضمان على احد اما على السكان فلان
التقدم اليهم لم يصح واما على المالك فلانه لم يتقدم اليه ولكن لا يشترط ان يكون التقدم
والطلب من صاحب الحق والحق في طريق العامة للعامة فيكفي بطلب احد من العامة
وفي السكة الخاصة لاصحاب السكة فيكفي بطلب احد منهم ايضا وفي الدار يشترط
طلب المالك والكائن فيها سكان لهم ان يطالبوا ويعتبر صحة الطلب شرط لوجوب
الضمان دوام القدرة على التفريغ الى وقت السقوط **قوله** وكم من ضرر خاص
يتحمل لدفع العام كما في ارجاع الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين ايما للاذى
وقطع العضو للاكلة عن خوف هلاك النفس **قوله** لان هذه ليست بشهادة على
القتل لان الثابت بهذا التقدم مال لا يسقط بالشبهة وهذا المال لا القتل **قوله**

Copyright © King Saud University

ليستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي وفي شرح الاقطع ولذلك لو طالبه به صبي او امراة او
رجل غريب من بلد اخر لان لجميع هولاء لهم حق المرور في الطريق فصحت مطالبتهم من الناس
من الناس مسلما كان او ذميا بعد ان كان حرا بالغا عاقلا او صغيرا اذن له وليه بالخصومة
فيه او كان عبدا اذن له مولاه بالخصومة فيه **قوله** بخلاف ما اذا مال الى الطريق فان طالب فيه
او من اشهد عليه حيث لا يصح **فان قيل** في الطريق ينبغي ان يصح التاجيل لا الاسقاط من واحد
في حقه حتى اذا سقط الحائط على هذا الموجب فقتله او مال له كان ينبغي ان لا يجب الضمان
لان له ولاية اسقاط حق نفسه **قلنا** حقه في الطريق الاعظم غير معلوم ولا يحتمل الاسقاط
اذ هو لا يحتمل الوصف بالتجزي حتى يسقط في حق البعض دون البعض بحقه في التصرف والمرور
وهو لا يحتمل الاسقاط حتى لو قال اسقطت حقي فلا امر في هذا الطريق بعد هذا لا يعمل
اسقاطه ولان هذه شركة عامة ولا عبرة بها في نفاذ التصرف الا ترى ان تصرف واحد من
المسلمين في مال بيت المال لا ينفذ لا في حقه ولا في حق غيره لكون الشركة عامة كذا هنا
وانما يصح من الواحد طلب التفريغ والاشهاد باعتبار ان الواحد يقوم مقام جميع المسلمين
بما هو منفعة ولهم في الاشهاد منفعة اما في التاخير ضرر فلا يقوم الواحد فيه مقامهم
والى اب اليتيم اي الى اب الصبي **قوله** والضمان في مال اليتيم لان فعل هولاء كفعله اي فعل
الصبي فالاب في اللام كفعل الصبي وفي المبسوط واذا تقدم الى ابي الصبي والوصي في نقض
الحائط فلم ينقض حتى سقط فاصاب شيئا فضمانه على الصبي لان الاب والوصي يقومان
مقامه ويمكن هدم الحائط فصح التقدم اليهما فيه ويكون ذلك كالتقدم الى الصبي
بعد بلوغه ثم هما في ترك الهدم عاملان للصبي وينظران له فلهذا كان الضمان
عليه دونهما كذا في المبسوط **قوله** ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد حتى
يباع فيه كما يباع في ديون تجارته وكان القياس ان يكون ذلك على المولى كضمان النفس
ولكنا استحسنا الفرق بينهما لان العبد في ضمان التزام المال كالحر فانه ينفك الحجر
عنه في اكتساب سببه لك وفي التزام ضمان الجناية على النفس هو المحجور عليه
لان فك الحجر بالاذن لا يتناول ذلك فكان الضمان على عاقلة المولى كذا في المبسوط
قوله لتمكنه من اصلاح نصيبه بطريقة وهو المرافعة الى القاضي هو جواب الاستحسان
واما جواب القياس فهو ان لا يضمن واحد من الورثة اما الذي تقدم اليه فلعدم
تمكنه من النقض فلم يفد التقدم اليه في حقه فان واحدا منهم كان لا يتمكن من نقضه
لا يتمكن من نقضه اليه واما غيره فلعدم التقدم اليهم فلم يكن متعديا في ترك التفريغ واما
جواب الاستحسان فانه يضمن هذا الذي اشهد عليه بحصته فيما اصابه لانه كان متمكنا من ان يطالب
شركاءه فيجتمعون على هدمه وهذا لان الاشهاد على جماعتهم يتعذر عادة فلو لم يصح الاشهاد

على

على بعضهم في نصيبه ادى الى الضرر والضرر مدفوع كذا في المبسوط **قوله** ولو عطبت جرة كانت على
الحائط فسقطت بسقوطه وهي في ملكه ضمنه حائط مائل اشهد عليه فوضع صاحب الحائط
ادعى عليه فسقط الحائط ورمى الجرة على انسان فقتله فالضمان على صاحب الحائط
ولو عثر بالجرة وسقطها احد ان كانت الجرة بغير صاحب الحائط فلا يضمن احد اما صاحب
الحائط فلان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على الجرة واما صاحب الجرة فلانه لم
يوجد الاشهاد عليه حتى لو كانت الجرة لرب الحائط يضمن بقدر ترك رفعها قال الامام
نصف النسفي على اثنه في الفصلين في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل
دار بين ثلاثة نفر وقيل جواب ابي حنيفة ره فيما اذا مات القتيل بثقل الحائط وابو حنيفة
ره يرى بهما في ذلك **قوله** وهو الثقل المقدر اي في الحائط والعمق المقدر في البير
قوله لان اصل ذلك ليس بعلة اي لقليل من الثقل او العمق لا يوجب التلف بحال حتى يعتبر
كل جزء علة فيعتبر الكل علة واحدة فيضاف الحكم اليها ثم يقسم على اربابها بقدر الملك
بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت او كبرت الا ان عند المزاحمة
اضيف الى الكل لعدم رجحان البعض على البعض فلما اضيف التلف الى الكل وبعض
الجراحات معتبر في اضافة الضمان وبعضها غير معتبر فجعل الذي هو غير معتبر شيئا
واحدا وان تعدد ولذلك صار الضمان نصفين فاعتبر احد النصفين وهدر الاخر
وهذا لان الاثر اذا لم يصلح البعض لاضافة الحكم اليه وصلح لقطع النسبة من المزاحمة ظهرت
المزاحمة في قطع النسبة ان لم يظهر في حق استحقاق الحكم والله اعلم **باب** جناية باب
البهيمة والجناية عليها قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة الصحيح وطئت لانك تقول
اوطات فلان الدابة فوطئته الكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب
باليد والصدم هو ان يضرب الشيء بجسدك ومنه الكلب اذا قتل الصيد صدما لا يوكل
واصطدم الفارسان اذا ضرب احدهما الاخر بنفسه يقال نفحت الدابة اذا ضربت بحد
حافرها كذا في الصحاح والمغرب وقوله الراكب ضامن لما اوطات الدابة الى قوله او كدمت
او خبطت وكذا اذا اصدمت بيده اذا كان الراكب يسير في طريق المسلمين لانه اذا
كان يسير في ملكه ان وطئت بيدها او برجلها يضمن وان كدمت او نفحت بيدها
او برجلها او ضربت بذنبها فلا ضمان لان في الوجه الاول صاحب الدابة مباشر للاتلاف
لان ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف فكانهما وطئاه جميعا ولهذا يجب على الراكب الكفارة
واذا وطئت الدابة بيدها او رجلها وهو يسير عليها والمباشر ضامن سواء كان
متعديا او لم يكن واما اذا لم يكن صاحب الدابة راكبا عليها بل كان سايقا او قائدا لها
فصاحب الدابة مسبب لانه لم يتصل ثقله بالمتلف والمسبب انما كان متعديا وهو ليس بمتعد

Copyright © King Saud University

تيسير الدابة في ملكه لما اذا كانت جناية الدابة في ملك غير صاحب الدابة فهذا على وجهين اما
ان دخلت في ملك الغير من غير ادخال صاحبها بان كانت منفلتة ففي هذا الوجه لا ضمان
على صاحبها اما اذا دخلت بادخال صاحبها ففي هذا الوجه صاحب الدابة ضامن في
الوجوه كلها سواء كانت واقفة او سايرة وسواء كان صاحبها معها يسوقها او يقودها
او كان راكبها او لم يكن معها لان صاحب الدابة في بعضها مباشر وفي بعضها مسبب متعد اذ ليس
له ايقاف الدابة وتسييرها في ملك الغير بدون اذن المالك **قوله** ما اصابت بيدها او رجلها
او راسها تفسير لقوله او وطيت الدابة **قوله** لانه يتصرف في حقه من وجه وفي حق غيره من وجه
جواب سوال ذكر في الذخيرة ويخرج مع هذا الجواب فهو **فان قيل** هو غير متعد في هذا
التسبيب فانه له ان يمر في طريق المسلمين كما في ملكه ويسير عليها في ملكه فما تلف شيا بهذه الاشياء
لم يضمن بها فينبغي ان لا يضمن هنا ايض **قلنا** الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور مباح
له ويشبه ملك الغير من حيث ان لم طريق المسلمين ملك تطلق له العرف فوفرنا على
الشبهين حظهما فيما كان سببا للاتلاف فقلنا اذا كان سببا يمكن حفظ الدابة والتحرز
عنه يعتبر فيه متعديا فيه وذلك كالكدم والوطي باليد والرجل في حق القايد والراكب
لان ذلك يكون بين عينيه فجعل في هذه الاشياء طريق المسلمين ملحقا بملك الغير
قلنا اذا كان شيا لا يمكن حفظ الدابة والتحرز عنه لا يعتبر متعديا وذلك كالنفحة
بالرجل والضرب بالذنب لان ذلك يكون وراء الراكب فجعل في حق النفحة والضرب في
حق الراكب والقايد طريق المسلمين ملحقا بملكه واما السايق هل يضمن اختلف المشايخ
فيه **قوله** لما فيه من المنع من التصرف يعني انا لو شرطنا عليه السلامة مترتبا لا يمكن التحرز
عنه تعذر عليه استيفاء حقه لانه يمتنع من المشي والسير على الدابة مخافة ان يبتلى بما لا
يمكن التحرز عنه فاما استطاع الامتناع منه لو شرطنا عليه صفة السلامة منه من ذلك لا يمتنع
عليه استيفاء حقه وانما يلزمه نوع احتياط في الاستيفاء كذا في المبسوط **قوله** وان
اوقفها وقفا للمعرف لا يقال وقفه الا في لغة رديئة **قوله** والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب
اي في موجب الجناية **قوله** لان المعنى لا يختلف وهو معنى المباشرة وتصرف الدابة في
التيسير على ما اراد وفي المبسوط والراكب والرديف والسايق والقايد في الضمان سواء
لان الدابة في ايديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاؤا **قوله** ثم هو اكثر ضررا
بالمارة من السير لان الايقاف ادوم من السير فهما يكون ما نعا للغير من المرور فيكون
فرقا لمعرفة فلا يلحق به لالة النص **قوله** والمراد بالنفحة اي من قوله لما اصابت بيدها
او رجلها الوطي فلا خلاف لاحد انه يضمن السايق والقايد وانما الاختلاف في النفحة
ولو لم يفسر بهذا لكان المعلى ان يحمل ذلك على الوطي ويثبت الاختلاف فيه وليست

العايد

العابر كذلك **قوله** والميل بعض المشايخ اي بعض مشايخ العراق **قوله** بيوا عليه السابق نفحته
الا ان يحمل نفحته اي بابعاد الدابة عن المتلف او بابعاد المتلف عن الدابة وقال اكثر المشايخ ان
السايق لا يضمن النفحة ايض وهو الصحيح **قوله** والحجة عليه ما ذكرناه وهو قوله عليه السلام نص
العائد فلا يمكن التحرز عنه وقوله عليه السلام الرجل جبار اي هدر معطوف على قوله ما ذكرنا
قوله والتنقل بالتخويف للقتل هذا جواب عن قول الشافعي لان فعلها مضاف اليهم قلنا
فلا انتقال انما يكون في الاكراه الكامل وهو التخويف بالقتل او بالقطع لا لهو في الاكراه القاصر
وهو التخويف بالضرب وهذا اكراه قاصر فلا ينتقل اليهم **قوله** لان الراكب مباشر فيه في القتل
على انسان مباشر من حيث حكم الشرع وان من سار دابته في ملكه فوطئت انسانا بيدها او
رجلها فقتلته يلزمه الدية والكفارة لان الراكب مباشر للقتل فيما اوطئت دابته والمباشر
في ملكه وغير ملكه سواء في ايجاب الضمان عليه كالمرمي فانه من رمى فاصاب انسانا كان عليه
ضمانه كذا في المبسوط **قوله** فيحيل الضمان عليهما لان كلا منهما سبب الضمان ذكر محمد ره
في الاصل ان الراكب اذا امر انسانا فنخس الدابة فوطئت انسانا كان الضمان عليهما وعلل
فقال لانه الناخس سايق والاخر راكب فيقف بين ما ذكرنا انهما يشتركان في الحكم في اصطدام
الماشيين ومعرفتهما كذلك ذكره في المبسوط **قوله** كالماشي اذا لم يعلم بالبير ووقع فيها
لا يهدر شي من دمه يعني اذا مات بالوقوع في البير مع ان البير في الطريق
ليس بسبب لحفر البير مع المشي اليها سبب الموت والمعنى فيه ايض هو ان كل واحد منهما
مدفوع بصاحبه فكانه ادفع من الدابة عند صاحبه اياه علة مخرجة لا علة
في الحكم فاما قوة المصدوم فلا يصلح ان يكون علة معارضة لدفع الصادم فهو بمنزلة من وقع
في بير حفرها رجل في الطريق يجب الضمان على الحافر وان كان لولا مشيه وثقله في نفسه
لما هوى في البير **قوله** تعارضت روايتان فرجحنا بما ذكرنا **فان قيل** القياس لا يصلح
مرجحا لانه علة يثبت به الحكم والترجيح انما يكون علة عند عدم النص فاما عند وجود
النص فلا يصير علة وهنا النص موجود فاذا لم يصر علة يصح الترجيح به او نقول ما
روي انه اوجب النصف محمول على ما اذا كانا عامدين حيث يجب نصف دية كل واحد
منهما في العمد على عاقلة كل واحد منهما عندنا ايض **قوله** هذا الذي ذكرناه اذا كانا حرين في
العمد والخطأ اي يجب نصف الدية في العمد على عاقلة كل واحد منهما وفي الخطأ يجب الدية
كاملة على ما ذكرنا في الكتاب خلا انه ذكر الخطأ في وضع المسألة والعمد في بيان قول
الخصم **قوله** وكذا في العمد لان العمد ههنا بمنزلة الخطأ **قوله** في الخطأ يجب على عاقلة الحر
المقتول قيمة العبد لان كل واحد منهما صار قاتلا لصاحبه فيجب على عاقلة الحر قيمة العبد
ثم قد تلف العبد الجاني واخلف بدلا فيكون بدله لورثة المجني عليه وهو الحر لان القيمة

ان الراكب والسايق فيه زمان ما وطيت الدابة ... ولا يختص به **قوله** واذا
اصطدم فارسان ذكر فارسان

التي فيها عاقلة المرضعة لانه عن العصبة فيما خففه من المريح بجهة كونه مقتولا لا لجهة كون الجو
قاتلا ولا يرد على هذا ما اذا قطعت المراة يد رجل فتزوجها المقطوع على اليد فان عاقلتها
يسقط عنهم الضمان لان عاقلتها كانوا يتحملون عنها فاذا تزوجها المقطوع فلو لم يسقط
الضمان على العاقلة لكان الضمان واجبا عليهم فلا يصح ان يتحملوا عنها ضامنين لها
فاما هنا فان العاقلة انما يتحملون عن الحر باعتبار كونه قاتلا لا باخذ الوديعة بجهة كونه
المرحقيقة لا بجهة كون الحر قاتلا **قوله** بخلاف الرداء يعني اذا كان لابسا رداء فاللابس جرّه
فعطب به انسان او غيره لا ضمان عليه لان اللباس مع اللابس ولو تعثر اللابس فسقط
على الطريق ثم تعثر به انسان لم يكن ضامنا له فكذا اذا سقط رداؤه ومنديله لان الانسان
لا يقصد حفظ اللباس ولا يمكنه ان يمشي عريانا وما لا يستطاع الامتناع منه يجعل
عفوا **قوله** على ما مر من قبل اي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق **قوله** وهذا اذا كان
السائق في جانب من الابل اي يمشي في جانب من القطار لا يتقدم ولا يتاخر لا ياخذ بزمام
بعير **قوله** اذا توسطها واخذ بزمام واحد فيه التوسط باخذ الزمام لانه اذا لم ياخذ
الزمام فهو سائق للكل او قائد لانه اذا كان يكون احيانا وسطها واحيانا ياخذ بقرا جل
راكبا وسط القطار على بعير ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما يصيب الابل التي بين يديه لانه
ليس بسائق لما بين يديه ولكن هو معهم في الضمان فيما اصاب البعير الذي هو عليه وما خلفه
اما في البعير الذي هو عليه لانه راكب واما فيما خلفه فلانه قائد لما خلفه لان زمام خلفه
مربوط بعيره وقال بعض المتاخرين هذا اذا كان زمام خلفه بيده يقوده واما اذا كان
هو نائما على بعيره او قاعدا لا يفعل شيئا يكون به قائدا لما خلفه فلا ضمان عليه في ذلك وهو
في حق ما خلفه بمنزلة المتاع الموضوع على بعير كذا في المبسوط **قوله** والقائد به فيه يرجع على
يرجعون على عاقلة الرابط لانه اذا علم لا يرجع عاقلة القائد على عاقلة الرابط **قوله** لانه
لا يجب الضمان عليهما في الابتداء اي على القائد والرابط بطريق الشركة اذ كل منهما سبب
اي مع ان كلا منهما سبب هذا لا يوجب لانه لا يستحق الضمان **قوله** ضمنها القائد اي بلا
رجوع قال الامام المحبوبي قال الامام الزاهد ابو بكر عبد الرحمن وشمس الائمة الحلواني
رح وهذا اذا ربط الجمل والابل تسير فان ربطه والابل واقفة ثم قاد القائد الابل لا يرجع على
الحائط الرابط لان ربط الجمل بالقطار جناية ما دامت واقفة على الطريق وحين سار بها
القائد زالت هذه الجناية بقود القائد فبرا عن موجبها كمن وضع حجرا على قارعة
الطريق ثم جاء انسان وحمل الحجر من ذلك الموضع الى موضع آخر لم يكن على الواضع
الاول شيء ان يتقل به انسان لان وضع الحجر جناية لكن لما حمله غيره من مكانه
زالت جنايته بفعل الواضع الثاني فبرا بالاول كذا هنا **قوله** ومن ارسل بهيمة ... بها

كلبا وكان يعلم سائقا اراد بالسوق ان يمشي خلفه **قوله** وكذا لو ارسل كلبا ولم يكن له سائقا لم
يضمن يعني اذا اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل **قوله** وذكر في المبسوط اذا
ارسل دابة في طريق المسلمين فاصابت في فورها فالمرسل ضامن قال الصدر الشهيد رح
وعليه الفتوى وفي النهاية وان اصاب الكلب شيئا في فور الارسال لا يضمن المرسل بخلاف
الدابة حتى قالوا اذا ارسل كلبا او دابة فاصاب في فوره شيئا يضمن في الدابة دون الكلب
والطير **قوله** الا اذا لم يكن له طريق سواه اي سوى طريق اليمنة واليسرة بان كان على
الجادة ماء او وحل فح لا ينقطع حكم الارسال انه كما لو سقطت يمنة او يسرة **قوله** وكذا
وقفت ثم سارت اي الدابة **قوله** بخلاف ما اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد في الكلب
المعلم واشباهها في مقصوده الذي هو السير **قوله** وبخلاف معطوف على قوله بخلاف
ما اذا وقفت لان حكمها يخالف حكم اصل المسئلة في قوله وبخلاف ما اذا ارسل للصيد الى آخره
ذكر الفرق بين الارسالين كما انه في قوله بخلاف ما اذا وقفت ذكر الفرق بين الفرقين اي قوله
وفي الذخيرة الفرق بين ارسال الدابة وبين الكلب الباقي هو ان ارسال الدابة في الطريق
اذا لم يتبع مع الدابة وامكنه الاتباع بعد ما تحت صاحبه جانوله منه يكون متعديا عليها فاما
ارسال الكلب الباقي من غير اتباع معه ليس بتعد منه لانه لا يمكنه الاتباع فالمسبب في
الاتلاف على قوله لا يضمن الا اذا كان متعديا **قوله** فاستدت بذنبها على فورها اي فور
الارسال وهو ان لا يميل يمينا ولا شمالا **قوله** وقال محمد رح هي المنفلتة اي العجماء التي اهلك
التي فعلها المنفلتة احترزنا بالتفسير عن المربطة اذا استد بذنبها في فور الارسال **قوله**
شاة لقصاب فقئت عينها فيها ما نقصها وهذا هو الحكم في كل شاة والقصاب ليس
بقيد وكذلك الجزار ايضا ليس بقيد والحكم في كل بقرة وبعير كالحكم في بقرة الجزار انما
خرج رح كلا وهو ربع القيمة في العين الواحدة منهما والنقصان في الشاة وانما وضع
المسئلة في بقرة الجزار وجزوره لئلا يتوهم انهما يعدان للحم فيكون حكمهما حكم الشاة **قوله**
فعلنا بالشبهين بشبه الادمي في ايجاب الربع من حيث وجبنا المقدر من غير اعتبار
النقصان فبالشبه الاخر في نفي نصف فوجب بنصف المقدر الواجب عملا بهما وذكر
الامام التمرتاشي رح وقيل لو فقأ الاخرى او قطعهما معا يجب النصف انه سلم الجثة وفي
جامع بكر رح فقأ عيني الدابة وقطعهما بالخيار انشاء تركها على الفاقي وضمنه القيمة وان
انشاء امسكها وضمنه النقصان وهذا لان المعمول في هذا الباب لنص والنص ورد
في عين واحدة فيقتصر عليه **قوله** كان ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه اي من
الاثر والمعقول **قوله** والواقف والذي يسير في ذلك سواء اي يجب الضمان على الناخس
في كل حال لان الوقوف في ملكه ليس بتعد كالسير فيه بخلاف الوقوف في الطريق فانه تعد

لهذا يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف ايضا [illegible] عنه
عن ابي يوسف انه اذا اوطأت رجلا فالدية على الراكب والناخس نصفين لانه انما تلف
بثقل الراكب فوطئ الدابة مضاف اليه لا الناخس فيضمنان قوله كالمرء صبيا يستمسك عليها يعني
بان يستمسك على الدابة لانه اذا لم يكن مستمسكا على الدابة لا ضمان على احد في النخس
في فصل القسامة وان كان الصبي ممن لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة وقد حمل الرجل
والدابة وانفذه ثم سايرت فاوطأت انسانا او اصدمت متاعا فانه لا يجب ضمان ذلك
على الصبي ولا على الذي حمل الصبي على الدابة اما لا ضمان على الصبي لان الصبي اذا كان ممن
لا يسير الدابة فسير الدابة لا يكون مضافا الى الصبي فيكون الصبي عليها بمنزلة الحمل على الدابة
واما لا يجب على الرجل لان الرجل لم يسير الدابة واذا لم يجز ان يضاف سير الدابة الى واحد منهما
كانت سايرة باختيارها فكانت المنفلتة وما اصابت المنفلتة فهو هدر قوله والناخس اذا
كان عبدا فالضمان في رقبته اي يدفع بها او يفدي هذا اذا نخسه بغير اذن الراكب اما
اذا نخسه باذن الراكب فلا يخلو اما ان كانت من الدابة نفحة او وطئ ذكر في المبسوط وان
كان الرجل يسير في الطريق فامر عبدا لغيره فنخس دابته فنفحت فلا ضمان على واحد منهما
لان فعل المامور كفعل الآمر عبدا كان المامور او حرا وان وطئت في فورها ذلك
انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه مولاه
او يفديه بمنزلة السايق مع الراكب الا ان المولى يرجع على الآمر بالاقل من قيمة العبد
ومن نصف الدية لانه صار غاصبا للعبد باستعماله اياه في نخس الدابة فاذا لحقه ضمان
بذلك السبب كان للمولى ان يرجع على المستعمل وكذلك لو امره بسوق الدابة او بقودها
ولو كان الراكب عبدا فامر عبدا اخر بسياقة دابته فاوطأت انسانا فقتلت فالدية في
اعناقهما نصفين يدفعان او يفديان بمنزلة السايق مع الراكب ولا شيء على الراكب
لمولى العبد المامور اذا كان الراكب محجورا عليه بعتق لان سبب وجوب هذا الضمان
استعماله اياه لا بالقول والمحجور لا يواخذ بضمان القول حتى يعتق فاذا كان عليه قيمة
المامور لمولاه وان كان تاجرا او مكاتبا فهو دين في عنقه لانه مواخذ بضمان القول في
الحال قوله وان كان صبيا فقيمته قال العلامة السغناقي وانما قيد به لانه يحتمل ان يراد به اذا
كانت الجناية على المال او فيما دون ارش الموضحة قلت يحتمل ان يراد به الصبي اذا
كان من العجم لانه لا عاقلة للعجم والله اعلم باب جناية المملوك والجناية عليه
قوله وفائدة الاختلاف تظهر في اتباع الجاني بعد العتق فعندنا اذا اعتق المولى بعد العلم
بالجناية كان مختارا للفداء وعنده لا يطالب المولى بعد العتق بل يطالب العبد بعد
المسئلة مختلفة بين الصحابة رض فعن ابن عباس رض مثل مذهبنا وعن عمر وعلي رض

٢١٠

مثل مذهبه قوله يجب في ذمته اي في ذمة العبد لان الجناية في حق من لا عاقلة له بمنزلة
ضمان المال فيكون واجبا في ذمته ثم الدين في ذمة العبد يكون متعلقا بماليته ويستوفى منه يباع
فيه الا ان يقضي المولى عنه كما في الدين وهو ظاهر على ما قلنا وفي بعض النسخ كما في الذمي
يعني اذا قتل الذمي رجلا خطأ تجب الدية في ذمته لا على عاقلته كما في اتلاف المال وهو
قوله بعد هذا بخلاف الذمي يدل على هذه النسخة وبحثنا في ذلك ان المستحق بالجناية
على النفوس نفس الجاني اذا انكر الاثر ان في جناية العمد المستحق نفس الجاني فكذلك
حرا كان او عبدا وكذلك في الخطأ الا ان استحقاق النفس نوعان احدهما بطريق
الاتلاف عقوبة والاخر بطريق التمليك على وجه الجبران والعبد من اهل ان يستحق
نفسه بالطريقين جميعا فيكون العبد مساويا للحر في حالة العمد ويكون مفارقا للحر في
حالة الخطاء لان عند الخطاء لا يمنع استحقاق نفسه تمليكا والسبب يوجب الحكم في محله
وفي حق الحر لم يصادف محله وفي حق العبد قد صادف محله ويكون مفيدا لحكمه وهو ان نفسه
صارت مستحقة للمجني عليه تمليكا لتحقق معنى الصيانة عن الهدر والطريق الثاني ان الاصل
في الجناية على الادمي ان يتباعد عن الجاني لما اخرنا ذكره في الكتاب قوله الا ان يخير
اي يخير المولى في اصل المسئلة وهو ما اذا جنى العبد جناية خطأ وهذا استثناء من قوله
والمولى عاقلته يعني بالنظر الى ان المولى عاقلته ينبغي ان لا يثبت الخيار للمولى بين الدفع
والفداء كما لا يثبت هذا الخيار لساير العواقل وفرق بين المولى وساير العواقل لحكمة
وقال انما يخير المولى هاهنا لان التخيير للتخفيف والتخفيف مطلوب في المصنفين غير ان
اثر التخفيف ظهر في ساير العواقل بوجه اخر وهو التوزيع والقسمة عليهم على وجه
لا يورث الاجحاف لان لهم كثرة فكان تخفيفا واما هاهنا فالمولى واحد فاثبات التخفيف
في حقه انما يحصل باثبات الخيار له قوله غير ان الواجب الاصلي هو الدفع في الصحيح ذكر الامام
التمرتاشي رحمه الله والصحيح ان الاصل هو الدية والارش لكن للمولى ان يدفع هذا الواجب بدفع
الجاني وفي الاسرار وقد ذكر بعض مشايخنا ان الواجب الاصلي هو الارش على المولى
وله المخلص بالدفع ثم قال في النهاية بخلاف هذا في غير موضع وقد نص محمد بن الحسن ان الواجب
هو العبد قوله ولهذا يسقط الموجب بموت العبد اي اذا هلك العبد قبل الاختيار برئ
المولى من مطالبة المجني عليه بحقه من الدفع او الفداء وهذا يدل على ان الموجب الاصلي
هو الدفع قوله في مال الزكوة فان موجبها الزكوة وهو اداء جزء من النصاب يسقط
بهلاك النصاب بعد الحول لان الواجب جزء من النصاب فيسقط بهلاكه وان كان
لصاحبه حق نقل اداء الزكوة من مال اخر بخلاف جناية الحر حيث لا يتعلق الواجب
برقبته استيفاء لانه ليس بمال فلم يسقط بموت الجاني كالعبد في صدقة الفطر فانه لم

Copyright © King Saud University

يتعلق صدقة الفطر برقبته استيفاء لا يسقط صدقة الفطر بموته قوله لفوات محل حقه على ما بينا ان
الى قوله غير ان الموجب الاصلي هو الدفع الى آخره قوله فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم
الجناية الثانية حكم الجناية الاولى اي يخاطب المولى بدفعه بالجناية الثانية او فدائه كما هو الحكم في
الجناية الاولى قوله معناه بعد الفداء اما معنى المسئلة بهذا الاثر اذا لم يفد من الجناية الاولى
حتى اخذه كان المسئلة عين المسئلة الثانية وهو قوله وان جنى جنايتين قيل المولى اما ان يدفعه
الى آخره قوله لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية هذا بخلاف الرهن فان تعلق حق
المرتهن بالرهن يمنع تعلق الثاني حتى ان الراهن لو مات بعد الرهن وعليه ديون لغيره
قبل الرهن او بعده لا يتعلق سائر الديون به لان الرهن ايفاء حكما ولا تصور له استيفاء
حكما بعد ان يتعلق بالايفاء والاستيفاء الحقيقي ففي الحقيقي لا يبقى تعلق فكذا في الحكمي قوله ويقسم
بينهم على قدر حقهما على قدر ارش جنايتهما لان المستحق انما يستحق عوضا عما فات
عليه فلا بد من ان ينقسم على قدر المعوض كذا في الايضاح قوله لان ادنى ... الى العبد
الواحد قوله والحق يجب للمستحق ثم للوارث خلافه عنه هذا جواب اشكال وهو ان
يقال الحق وان كان متحدا بالنظر الى السبب فهو متعدد بالنظر الى المستحقين فينبغي ان يتمكن
المولى من ان يفدي من احدهما ويدفع الى الآخر كما في الجنايات المختلفة قوله فان اعتقه
المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل الى آخره والاصل في جنس هذه المسائل ان المولى
متى احدث في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختارا للفداء
اذا احدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا وان كان عالما بالجناية قوله وقوله
في قولها الدليل على ان حقه في قولها انه ليس له ولاية المطالبة بالاكثر قوله وعلى هذا
الوجهين البيع والهبة اي كونه عالما وغير عالم قوله بخلاف الاقرار على رواية
الاصل يعني اذا اقر الرجل الذي في يده العبد الجاني فان هذا العبد لفلان لا يصير مختارا
للفداء وفي المبسوط لو ان عبدا في يدي رجل جنى جناية وقال ولي الجناية هو عبدك وقال
الرجل هو وديعة عندي لفلان او عارية او اجارة او رهن فان اقام على ذلك بينة
اخرت العبد الامر فيه حتى يقدم الغائب فان لم تقم بينة خوطب بالدفع او الفداء
فان فداه هو مختارا للفداء بمجرد قوله ان هذا العبد لفلان لانه زعم انه لا سبيل له الى دفعه
فيجعل هو معترفا للدفع مختارا للفداء كما اعتقه ولكنا نقول هو بكلامه هذا يزعم انه ليس
بخصم له في هذه الجناية اصلا واختياره ينبني على كونه خصما فاذا ثبت بالبينة انه ليس
بخصم فيه صار ثابتا ذلك بالبينة كالاثبات بالمعاينة وان لم يقم بينة على ذلك فهو الخصم
باعتبار ظاهر يده فيه وهو متمكن من دفعه مخاطب بالدفع او الفداء ولا يجعل مختارا
للبينة مع تمكنه من الدفع بالجناية وان فداه ثم قدم الغائب اخذ عبده بغير شيء

لل

لان ذا اليد كان اقر بالملك له وقد اتصل بتصديقه بذلك الاقرار وقد كان متبرعا في هذا
الفداء لانه ما كان مجبرا عليه فلا يرجع بشيء على المقر له وان كان دفعه فالغائب بالخيار
ان شاء امضى ذلك وان شاء اخذ العبد ودفع الارش لان تصديقه اتصل بذلك الاقرار
فثبت الملك له وتبين ان كان له الخيار قوله لجواز ان الآخر كما قال اي لجواز ان يكون العبد
المقر له فيخاطب المقر له بالدفع الى ولي الجناية قوله والحقه الكرخي بالبيع وفي الايضاح وقد
الحق ابو الحسن الكرخي به ان يصير مختارا فهو رواية خارجة عن الاصول قوله واطلاق
الجواب يعني قوله ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها الى آخره واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط
الخيار للمشتري يعني اذا باع مولى العبد الجاني بشرط الخيار للمشتري كان ذلك اختيارا
منه للفداء وفي الايضاح اما على قولهما فلان الملك يثبت للمشتري وعلى قول ابي حنيفة زال
ملك البائع بفعل وان لم يثبت للمشتري وهذان الدفع يكون بزوال ملك البائع قوله
بخلاف الكتابة الفاسدة اي لا يصير مختارا للفداء بمجرد عقد الكتابة الفاسدة بخلاف
بيع الفاسد فان هناك لا يكون مختارا للفداء قبل التسليم الى المشتري وفي الايضاح لان
موجب عقد الكتابة الفاسدة يثبت بنفس العقد وهو تعليق العتق بالاداء وكانت
الكتابة نظير البيع الفاسد بعد القبض قوله ولو ضربه فنقصه اي بان اثر فيه حتى صار
مهزولا اي قلت قيمته لبقاء اثر الضرب فهو مختار اذا كان عالما بالجناية اما اذا ضربه
وهو غير عالم بالجناية كان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يختار ولي
الدم ان يأخذه ناقصا ولا ضمان على المولى لانه لما رضي به ناقصا كان الضمان حاصلا
بازائه ساقطا ولو ضربه المولى فنقد ما بعضه وهو عالم به ثم ذهب البياض قبل ان يخاصم
فيه لا يكون مختارا للفداء بل يدفع او يفدي لان النقصان لما زال جعل كان لم يكن [illegible]
لو خوصم في حالة البياض فضمنه القاضي القيمة ثم زال البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان
الخيار قد استحكم باتصال القضاء به قوله وان لم يكن معلقا واعاد [illegible] لاثبات الفرق
بين وطء البكر والثيب لان وطء الثيب لا يكون مختارا للفداء ما لم يكن معلقا في ظاهر
الرواية وروي عن ابي يوسف ان مطلق الوطء يكون اختيارا لان الحل يختص بالملك
فيكون دليلا على امساك العين وقول بعضهم مثل قول ابي يوسف رحمه الله هذا وقوله لما قلنا
اشارة الى قوله لانه حبس جزء منه قوله ولا يصير مختارا بالرهن والاجارة والاظهر
هذا احترازا عما ذكر في بعض نسخ الاصل انه يكون مختارا للفداء بالرهن والاجارة لانه
اثبت عليه يدا مستحقة فصار كالبيع وجه ظاهر الرواية ان الاجارة تنقض بالعذر
فيكون حق ولي الجناية فيهما عذرا في نقض الاجارة والراهن يتمكن من قضاء الدين
واسترداد الرهن متى شاء فلم يتحقق عجزه عن الدفع بهذين الفعلين فلا يجعل ذلك

Copyright © King Saud University

اختيارا قوله لان العتق حصل من جهة المولى ووجوب الدين في ذمة العبد نقصان للعبد
لان الغرماء يستوفونه من ولي الجناية اذا دفع العبد اليه فيستوفونه بدينهم لكن ذلك بسبب
من جهة المولى وهو الاذن فكان له ان يمنع من تسليمها تأملا قوله ومن قال لعبده
ان قتلت فلانا او رميته او شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك لان
العبد وقال زفر لا يصير مختارا وفيه قيمة العبد وفي المبسوط فاما ان كانت جناية العبد
مما يتعلق به القصاص فلا شيء على المولى لان الواجب هو القصاص على العبد وذلك لا يختلف
بالرق والحرية فلا يصير المولى بالعتق مفوتا حق ولي الجناية فلذلك لا يلزمه شيء قوله فكان
الصلح واقعا بعبد لا يبطل فان قيل هذا يشكل على قول ابي يوسف ومحمد فان عندهما
الصلح عن العرف يكون صلحا حقيقة وهذا الدفع ليس بصلح حقيقة فاذا سمي بين ان
الواجب ليس بدفع فيكون الصلح واقعا بغير بدل فلا يمكن اعتبار ذلك صلحا قوله لان اقدامه
اقدامه على العتق يدل على قصده تصحيح الصلح لان العاقل يقصد بتصرفه تصحيحه ولا صحة له
الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها فالعقد يتضمن صلحا عن الجناية وما يحدث منها مقتضى
للاعتاق فاما اذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء لانه لم يوجد دال قوله وهذا الوضع يدل
على ان يكون العبد صلحا عن الجناية وما يحدث منها برضى المولى قوله ذكر في بعض النسخ
اي بعض نسخ الجامع الصغير قوله الى اخر ما ذكرنا من الهداية يعني ان لم يعتقه رده الى
مولاه ثم يقال لاولياء الجناية اما ان تقتلوه واما ان تعفوا قوله وهذا الوضع يرد اشكالا
فيما اذا عفي عن اليد الى الوضع الثاني فانما خص هذا الوضع لوروده اشكالا لان دفع
العبد في هذا الوضع بطريق الصلح والصلح يتضمن للعفو لانه ينبئ عن الحطيطة فيكون
هذا نظير العفو ولا كذلك الوضع الاول لان الدفع ثمة ليس بطريق الصلح لانه ليس فيه
حط شيء بل العبد موجب جنايته بتمامه واذا لم يكن الدفع بطريق الصلح لا يكون فيه
معنى العفو فلا يرد اشكالا على مسألة العفو قوله وهنا قال الحبيب فانه قال وقيل
للاولياء اقتلوه قوله اما اذا اعتقه فالتخريج ما ذكرنا وهو قوله لان اقدامه على
الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح قوله فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية يعتد به
ينبغي عليه قوله معلله بقيمته لانه لو اعتقه وهو عالم بجنايته كان عليه الدية اذا
كانت الجناية في النفس لاولياء الجناية وقيمة العبد لصاحب الدين قوله بان يدفع الى
ولي الجناية ثم يباع للغرماء وفائدة الدفع ان يثبت له حق الاستخلاص بالفداء فان
للناس اغراضا في الاعيان وانما لم يبطل الدين بدفعه الى ولي الجناية لان موجب الجناية
صيرورته جزاء واذا كان مشغولا وجب دفعه مشغولا ثم اذا بيع وفضل من ثمنه
شيء صرف الى اولياء الجناية لانه بيع على ملكهم وان لم يف بالدين تأخر الى حال الحرية

كالوديع على ملك المولى قوله فلا يظهر في مقابلته الحق اي حق الفريقين بالنسبة الى ملك العبد
لانه بدل الملك فصار كانه ليس فيه حقهم الغرماء احق بتلك القيمة لان القيمة ماليته
العبد والغريم مقدم على المولى فيها لان الواجب له يدفع اليه ثم يباع لهم فكان مقصد ما
معنى فالقيمة من المعنى يسلم اليه وفي الفصل الاول لتعارض بين الحقين والحقان متساويان بان
فيظهر ان فيضمنها قوله واذا استدانت الامة المأذون لها ثم ولدت هذا اذا ولدت بعد
الاستدانة اما اذا ولدت قبل الاستدانة لم يتعلق حق غرمائها بولدها واما الاموال
التي حصلت بها بطريق الهبة او الصدقة او بالتجارة فهي احق بها من مولاها في اداء ديونها
بها ويستوي في ذلك ان كانت اكتسبت قبل لحوق الدين او بعده لان يدها في الكسب
يد معتبرة حتى لو نازعها فيه انسان كانت خصما له باعتبارها وبعد ثبوت يدها يبقى حقها
ثم [illegible] بخلاف ما اذا كان اخذ المولى منها قبل ان يلحقها الدين وهذا بخلاف ما اذا ولدت
قبل ان يلحقها الدين لان ولدها ليس من كسبها ولكنه جزء متولد من عينها الا ان
نفسها لا يكون من كسبها فكذلك ولدها لان نفسها يباع في الدين لالتزام المولى ذلك
بالاذن لها في التجارة وذلك لا يوجد في حق الولد ولو تعلق به حق الغرماء انما يكون
بطريق السراية ولا سراية بعد الانفصال لان الولد بعد الانفصال نفس على حدة وهذا
اذا كان الدين لحقها قبل ان [illegible] ثم ولدت لان حق الغرماء تعلق بها في حال ما اذا كان
الولد جزء متصلا بها فيسري الى الولد بحكم الاتصال فينفصل على تلك الصفة وهذا
بخلاف الدفع بالجناية فان الجنية اذا ولدت لا حق لاولياء الجناية في ولدها لان حقهم
هناك في بدل المتلف وهو ادنى الجناية او في نفسها جزاء على الجناية ولكن ذلك
ليس بحق متأكد بدليل تمكن المولى فيها كيف شاء بالبيع وغيره ولهذا لا يسري الى الولد
وهنا حق الغرماء متأكد في ذمتها متعلق بماليتها بصفة التأكيد بدليل انه لا ينفذ تصرف
المولى فيها بالبيع والهبة ما لم يصل الى الغرماء حقهم فيسري هذا الحق المتأكد الى الولد
بخلاف القصاص فانه لا يسري الى الولد لان المستحق بالقصاص الروح لا المالية والولد
يتولد من المالية لا من الروح قوله وابراء الغرماء العبد عن كل الدية لانه سقط في الدية
والمولى لانه لم يوجد على المولى بعد الجناية اعتاقا حتى يصير المولى مختارا للفداء
فيستهلكا حق المجني عليه بالاعتاق قوله وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي
وانا صبي واقر رجل انه كان اقر وهو صبي لفلان بالف درهم وقال المقر له بل اقررت
بها بعد البلوغ فالقول قول المقر مع يمينه لانه اضاف الاقرار الى حالة معهودة
تنافي الوجوب فان قول الصبي هدر في الاقرار والصبا حالة معهودة لكل احد
كان هو في المعنى منكرا للمال لا مقرا فان قيل هو منتقض بما اذا ادعى ما ينافي او ان

Copyright © King Saud University

المقر له منكر لذلك التاريخ فينبغي ان يكون القول قوله **قلنا** المصير الى هذا الترجيح بعد
ثبوت اصل السبب مثلهما واذا كان الاقرار في حالة الصبي غير ملزم اصلا لم يكن هو
مدعيا للتاريخ بالاضافة اليه بل يكون منكرا لاصل المال عليه كمن يقول لعبده اعتقتك
قبل ان اخلق او قبل ان تخلق **قوله** لما ذكرنا اراد به قوله لانه منكر للضمان **قوله** الا الجماع
والغلة استحسانا بان قال لجاريته جامعتك وانت امتي واخذت منك غلة وانت امتي فقالت
بل كان بعد العتق فان القول قول المولى وقال محمد لا يضمن الا الاشياء بعينها لو يريده
عليها يعني لو كان اقر باخذ شي منها بعينه والماخوذ قايم في يده واختلفا فيه على
هذا الوجه اجمعوا فيه على انه يرد ذلك عليها **قوله** كما اذا قال الحربي فقأت عينك اليمنى
وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت اي كان الواجب القصاص ثم سقط بذهاب العين يريد
به براءة عن ضمان العين قصاصا وارشا والمقر له يقول لا بل فقأتها وعينك اليمنى
مفقودة يدعي وجوب نصف الدية عليه وليس المراد من الفقأ القلع لانه لا قصاص
في القلع ولكن المراد منه اذهاب الضوء مع بقاء العين ويجب القصاص **قوله** لان
وطي المولى امته المديونة لا يوجب العقر لان حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها
لانها ليست بمال وكذا لو اخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده غلة وهو مديون
يصح ولو اخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا كذا ذكره الامام الكساني رح **قوله**
واذا امر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل العبد لانه لو كان الامر حرا بالغا يرجع
عاقلة الصبي على عاقلة الامر وقيد بالمحجور عليه لانه لو كان الامر مكاتبا بالغا يرجع
عاقلة الصبي عليه بالاقل من قيمته ومن الدية بخلاف ما اذا كان الامر عبدا ماذونا
حيث لا يرجع عليه الا بعد العتق وقوله صبيا قيد بالحر لانه لو كان عبدا لا يجب
الدية بل يدفع او يفدى **قوله** وكذلك ان امر عبدا معناه الامر عبدا والمامور عبد
محجور عليهما الى ان قال ولا رجوع له على الامر في الحال وهذا الحكم لا يقتضي ان الامر
والمامور كلاهما محجور عليهما لا محالة بل يكتفى بان يكون الامر محجورا لانه اذا امر
العبد الماذون وباقي المسئلة بحالها فالحكم كذلك اما لو كان الامر عبدا ماذونا
والمامور عبدا محجورا او ماذونا يرجع مولى العبد القاتل بعد الدفع والفداء على
رقبة العبد الامر في الحال بقيمة عبده لان الامر بامره صار غاصبا للمامور فصار
كالاقرار بالغصب والعبد الماذون لو اقر بالغصب لواخذ به في الحال بخلاف المحجور على
ما ذكرنا **فان قيل** ينبغي ان يكون غاصبا للعبد بالامر وهو قول والغصب لا يكون الا بالنقل
والتحويل **قلنا** الامر لم يوجد منه النقل حقيقة ولكن وجد الامر بالنقل فاقيم مقام النقل كمن
امر عبدا ليحمل له حملا فهلك منه ضمن الامر وان لم يوجد منه النقل لكن لما لم يوجد

الامر

الامر بالنقل اقيم مقام كذا ههنا ذكره الامام المحبوبي رح **قوله** اصل التركة المستغرقة اي
اذا اجتمعت الديون المتفاوتة في التركة وضاقت عن الوفاء تقسم التركة بين اصحاب
الديون اثلاثا بطريق العول اجماعا حتى لو مات رجل وترك الفا ولرجل عليه الف ولاخر
عليه الفان فالالف المتروك يقسم بينهما اثلاثا بطريق العول وفي عبد ماذون بين
رجلين ادانه احدهما الفا واجنبي الفا فبيع بالالف ومات وترك الفا فقسمه
عندهما اثلاثا وههنا مسائل في بعضها القسمة عولية اجماعا وفي بعضها نزاعية
اجماعا وفي بعضها عولية عندا بي حنيفة رح نزاعية عندهما وفي بعضها الامر بالعكس والاصل
عندهما ان الحقوق متى ثبتا على الشيوع في وقت واحد فالقسمة عولية وان ثبتا على وجه
التمييز او في وقتين مختلفين فالقسم نزاعية وهذا لان القياس يابى القسمة بطريق
العول لانه تقرر ان يضرب كل واحد منهما بجميع حقه احدهما بنصف المال والاخر بكل المال
الواحد لا يكون له كل ونصف عادما ترك القياس في الميراث باجماع الصحابة رض فيلحق به ما
كان في معناه وفي معناه في التركة اذا اجتمعت حقوق متفاوتة ثبتت في وقت واحد وهي
حالة الموت فكانت في معنى الميراث وكذا في الوصايا والاصل عنده ان قسمة العين
متى كانت لحق ثابت في الذمة او لحق ثبت في العين على وجه الشيوع لكل واحد في البعض
فالقسمة عولية ومتى وجبت القسمة في العين لحق ثبت على وجه التمييز فكان حق
احدهما في البعض الشائع وحق الاخر في الكل فالقسمة نزاعية وهذا لان الحقوق متى
وجبت في الذمة فقد استوت الحقوق في القوة فيضرب كل واحد بكل حقه في العين وكذا
اذا كان حق كل واحد في العين ولكن في الجزء الشائع فقد استوت الحقوق في القوة
لانه ما من جزء يثبت فيه حق احدهما الا وللاخر ان يزاحمه والاصل في قسمة العول
الارث كما قال لانه حق كل واحد منهم يثبت في البعض الشائع اما اذا ثبت الحقان على
وجه التمييز فلم يكن في معنى الميراث وفي مسائل العفو القسمة انما وجبت بحق ثابت
في الذمة لان حق كل واحد منهما في موجب الجناية وموجب الجناية يكون في ذمته فكانت
القسمة عولية وعلى هذا يخرج المسائل **قوله** فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة
رح وقالا لا يبطل الذي عفا نصف نصيبه الى الاخر ويقال يرجع الدية لابي حنيفة رح
ان القصاص لا يجب لكل واحد منهما في النصف منه غير متعين فاذا انقلب مالا احتمل
الوجوب من كل وجه بان يعتبر متعلقا بنصيب نفسه واحتمل النصيب النصف بان يعتبر
متعلقا بهما شايعا فلا يجب المال بالشك ولهما ان نصيب من لم يعف انقلب مالا
فيقسم نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما اصاب ملك صاحبه لم يسقط
وهو الربع وما اصاب ملك نفسه سقط **قوله** وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قوله

ابي حنيفة رح اي في نسخ الجامع الصغير والاشهر انه مع ابي يوسف رح والله اعلم **فصل** قوله الامة
اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة هذا اظهر الروايتين وفي رواية الحسن عن
ابي حنيفة رح انه يجب خمسة آلاف درهم الا خمسة **قوله** قال ابو يوسف رح والشافعي رح يجب قيمته
بالغا ما بلغت وهذا القول عن ابي يوسف رح قوله الاخر وكان يقول الاول مثل قولهما وهنا
الاختلاف بناء على ان الواجب بقتل العبد خطأ ضمان المال ام ضمان النفس فابو يوسف
والشافعي رح جعلاه ضمان المالية لان ضمان المال بالمال اصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف
الاصل ومهما امكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف القياس **قوله**
وهذا يجب للمولى حتى لو كان مباح الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقى على اصل الحرية و
لهذا لا ينفذ اقرار المولى بالقصاص على عبده **ما يقبل** وجوب الدية للمولى يدل على كونه بدل
المالية الا ترى ان القصاص يجب للمولى لو قتل عبده عمدا وهو ليس بمقابلة المالية بالاتفاق
قلنا استيفاء القصاص يبتني على الولاية قال عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له والمولى
ولي العبد فيجب القصاص له فاما استحقاق المال لا يبتني على الولاية بل على الوراثة اذا وجد
سببه ولا يجري التوارث بين المولى وعبده نعم انه انما يستحقه لجبران فوت ما له كما في ضمان
الاموال وكما في الغصب ولو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد اي لم يكن الضمان
بدل المالية لما بقي العقد باعتباره لان البيع يتناول المالية **قوله** عند تعذر الجمع بينهما
وبدليل التعذر انه لا يضمن الدية مع كمال القيمة في الخطأ ولا يستوفي القصاص مع كمال
القيمة في العمد وضمان الغصب بمقابلة المالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وليس القتل
بمنزلة استهلاك سائر الاموال لان ضمان الاموال يشبه ضمان التجارات الا ترى ان
العبد المأذون لو اقر بقتل دابة انسان جاز اقراره ولو اقر بقتل عبده لم يجز اقراره وكذا الكفالة
بقتل العبد دون قتل الدابة علم ان ضمان قتل العبد ضمان الجناية فيكون سبيله سبيل
الجنايات لا سبيل ضمان الاموال **قوله** وبقاء العقد يتبع فائدته هذا جواب عما قالا
ان العقد باق بعدما قتل المبيع في يد البائع وبقاؤه ببقاء المالية اصلا او بدلا فاجاب
ان بقاء العقد في تلك الصورة لاشتمال البقاء على امر لا يكون القيمة بدلا عن المالية
بدليل ان القتل لو كان عمدا يبقى العقد ايضا لاشتمال البقاء على فائدة التخيير بين فسخ
البيع واستيفاء القصاص فكان القصاص ليس بدل المالية اجماعا لكنا امر البيع
قوله ويعبر العشرة باثر عبد الله ابن عباس رض وفي غاية الكتب باثر عبد الله بن مسعود
رض وهو لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم وهذا كالمروي عن
النبي صلى الله عليه وسلم لان المقادير لا تعرف بالقياس وانما طريق معرفتها السماع من
صاحب الشرع **قوله** وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة هذا الذي
ذكره

جامعة الرياض قسم المخطوطات

ذكره خلاف ظاهر الرواية وفي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب
الا في رواية عن محمد رح انه يجب في قطع يده خمسة آلاف الا خمسة وهذا لان العبد في حكم
الجناية على اطرافه بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا تتحملها العاقلة الا ان محمدا
رح قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى ان يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب
بقتله كما لو قطع يديه والعبد يساوي ثلثين الفا من خمسة عشر الفا **قوله** وغير الكلام
اي في وجوبه على من يستوفيه لا كلام في اصل الوجوب لان الوجوب لفائدة الاستيفاء
فاذا فات المطلوب منه سقط اعتباره **قوله** لان المكاتب في الحالين الملك للمولى وقت الجرح
دون الموت ولو ورثته وقت الموت دون الجرح وعند الاجتماع لا يثبت الملك على الدوام
في الحالين لكل واحد منهما **قوله** لان الملك اي سببه الولاية على اعتبار احد الحالين اي
حالة الجرح والورثة بالولاية على اعتبار الاخرى وهي حالة الموت بعد العتق **قوله** فيما
يحتاط فيه اي فيما يثبت بالشبهات احترز بهذا عن قال لاخر لك علي الف درهم من قرض
فقال المقر له بل من ثمن مبيع فانه يقضى بالمال وان اختلف السبب لان ذلك من الاموال
ويجري فيه البذل والاباحة فيها فلا يبالي باختلاف السبب **قوله** ولان الاعتاق قاطع للسراية
حتى انه من جرح عبد انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات من تلك الجراحة فقطع
السراية فلا يلزمه الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان بالاتفاق وفي العمد يمنع القصاص
عند محمد رح لان الجرح بلا سراية والسراية بلا قاطع لا يوجب القصاص في النفس **قوله**
ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية يوم الموت ولاية استيفاء القصاص في العمد للمولى **قوله**
لان المقضي له مجهول لانا لو اعتبرنا حالة الموت فالمقضي له الورثة **قوله** ولا معتبر باختلاف
السبب هنا اي في الفصل الثاني وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المالك في العمد
واختلاف السبب هو انا لو اعتبرنا حالة الجرح كان السبب هو الملك ولو اعتبرنا حالة
الموت كان السبب هو الولاء ولا اعتبار له لان المقصود وهو الحكم الذي هو استيفاء
القصاص متحد **قوله** بخلاف تلك المسألة اي مسألة الجارية **قوله** لان ملك اليمين يغاير
ملك النكاح حكما وذلك لان ملك النكاح يثبت الحل مقصودا والبيع لا يثبته ولو اثبته
لا يثبته مقصودا فاختلف الحكم كما اختلف السبب فلذلك لم يثبت الحل وقال شيخ الاسلام
رح اذا قال لغيره لك علي الف درهم من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه يقضي بالمال
لانما يلحق القرض والبيع لا تخالف كل واحد منهما ما ادعى صاحبه بقي الاقرار مطلق المال وذلك
كان لاستحقاق المال ويكون بدلا من المقر هنا البذل يجري في المال كما في القضاء بالنكول
بخلاف مسألة الجارية فان حل الوطء مما لا يثبت بالبذل **قوله** وعندهما الجواب في الفصل
الاول وهو ما اذا كان له ورثة **قوله** فاوقع العتق على احدهما اي بعينه انما ذكر لفظ

Copyright © King Saud University

الايقاع لان العتق غير نازل في المعتق قوله ولو قتلهما رجل يجب عليه قيمة عبد هذا اذا
كان القاتل واحدا وقتلهما معا واستوت قيمتهما اما اذا كان القاتل اثنين فيجيء بعد واما اذا
قتلهما الواحد على التعاقب فعليه قيمة الاول للمولى ودية الاخر لورثته لان بقتل احدهما تعين
الاخر للعتق فتبين انه قتله وهو حر واما لو قتلهما معا كان عليه قيمة ودية ان استوت القيمتان
وان اختلفت فعليه قيمة كل واحد منهما ودية حر لانا نتيقن انه قتل عبدا او حرا وقبل [illegible]
البيان يشيع العتق فيهما قوله بخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجلا حيث يجب قيمة المملوكين
هذا اذا قتلهما معا ولا يدرى ايهما قتل اولا اما اذا قتلهما رجلان فان كان قتلهما على التعاقب
فعلى القاتل الاول قيمة عبد لان كل واحد من القاتلين انما قتل احدهما بعينه والعتق في
حق العين كان غير نازل فكان كل واحد منهما مملوكا عينا انما نزل العتق في المنكر ولا
نتيقن ان كل واحد منهما قاتل لذلك المنكر وانما يجب على واحد منهما القدر المتيقن به وهو
القيمة قوله ولان القياس معطوف على قوله والفرق ان البيان انشاء قوله لسقوط
اعتبارها في حق الذات قصدا علم انه لا اعتبار للمالية في حق الذات قصدا وعلم
ساقط لانه لم يعتبر اعتبار المالية في حق الذات فحسب بل اعتبرت في حق الاطراف ايضا
قوله ولهذا ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب ان يتخير المولى على الوجه الذي قلنا اي
انشاء امسك واخذ ما نقصه وانشاء دفع العبد واخذ قيمته قوله ثم من احكام الاولى
اي الادمية ان لا ينقسم على الاجزاء اي انه لا يتوزع كمال بدل النفس على النفس والطرف
الفائت ولا يملك الجثة اي فاقئ العينين حين دفع كمال القيمة كما اذا فقأ عيني الحر قوله
ومن احكام الثانية اي المالية ان ينقسم ويتملك الجثة كما اذا خرق ثوب غيره خرقا
فاحشا وضمنه المالك قيمة الثوب قوله فوفرنا على الشبهين حظهما من الحكم فقلنا الحكم
انه وجب بجناية على الادمي لا يجب جوزها والحكم انه بدل قاله لم يكن ان يأخذ كل بدل العين
مع امساك العين بل يقال له من شرط استيفائك هذا الضمان ان تزيل الجثة عن
ملكك فيكون قولا بالشبهين وفيما قاله العامة الغاء لجانب الادمية اصلا واعتبار الجانب المالية
لان من حكم المال ان المالك مخير ان شاء سلم النفس واخذ كمال القيمة وان شاء امسكها
ورجع بالنقصان كما في تخريق الثوب وفيما قال الشافعي ره الغاء لجانب المالية اصلا
واعتبار لجانب الادمية لا غير والقول الاوسط الاعدل ما قاله ابو حنيفة ره
لان فيما قاله الشيخان كان القول بتوفير الشبهين اولى **فصل** في جناية المدبر وام الولد نعد
قوله لما روي عن ابي عبيدة وهو ابو عبيدة الجراح رض قضى بجناية المدبر على مولاه وقد
كان اميرا بالشام وكان بمحضر من الصحابة رض فكان اجماعا كذا في الايضاح قوله
يعتبر قيمته لكل واحد منهما في حال الجناية عليه حتى لو قتل انسانا خطأ وقيمته الف درهم ثم ازداد

بحم

قيمته حتى صار يساوي الفين وقتل اخر بعد ذلك خطأ ثم اصابه عيب فرجعت قيمته الى خمسمائة ثم قتل
الاخر خطأ فعلى مولاه الف درهم لانه جنى على الثاني وقيمته الفان ولم يكن منه الا تلك
الجناية فكان المولى ضامنا قيمته الفين ثم الفين من هذين الالفين لولي القتيل الاوسط خاصة
لان ولي الاول انما ثبت حقه في قيمته يوم جنى عليه وهي الف درهم لا حق له في الالف
الثانية فيسلم ذلك لولي القتيل الاوسط وخمسمائة من الالف الاولى بين ولي القتيل الاول
بين الاوسط والاول يضرب فيها الاول بعشرة الاف والاوسط بتسعة الاف لانه وصل
اليه من حقه الف والخمسمائة الباقية بينهم جميعا يضرب فيها الاخر بعشرة الاف لانه ما
وصل اليه شيء من حقه ويضرب الاول بعشرة الاف الا ما اخذ لانه وصل اليه من حقه بقدر
الماخوذ وكذا الاوسط لا يضرب بما اخذ في المرتين وانما يضرب بما بقي من حقه فيقسم الخمسمائة
بينهم على ذلك قوله انشاء اتبع المولى بما بقي له من القيمة ثم يرجع المولى على الاول لانه
تبين انه استوفى فضل زيادة على مقدار حقه قوله لا بطالهما تعلق به دليل وجوب الضمان
على اعتبار المقارنة فانه اذا كان مقارنا يكون مبطلا في حق ولي الجناية الثانية بالدفع
الى الاول قوله عملا بالشبهين وهذا لان الجناية الثانية مقارنة للاولى من وجه ومتاخرة
من وجه على ما ذكر في المتن فجعلت الجناية الثانية كالمقارنة في حق النقصان حتى كان
له نقصان ان شاء لا بطال ما تعلق به حقه بالدفع من المولى بالقبض من ولي الجناية
وكالمتاخرة في اعتبار قيمة العبد حتى يعتبر قيمة العبد في حق ولي الجناية الثانية وقت
وجودها حقيقة **باب** غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك قوله و [illegible]
الفرق ان الغصب قاطع للسراية آه وذكر الامام قاضيخان ره في الجامع الصغير هذه
المسئلة ثم قال علل بعضهم بان الغصب من اسباب الملك لما عرف من مذهبنا ان المضمون
يملك عند اداء الضمان فاذا تخلل الغصب بين الجناية والسراية ينقطع السراية كما لو تخلل بينهما
بيع واذا انقطعت السراية صار كانه غصب عبدا مقطوعا ومات عنده لا من القطع واما اذا
قطع المولى يده عند الغاصب صار مستردا للعبد فينعدم الاستيلاء عليه عند القطع الا
ان المشتري لو قطع يده في البيع قبل القبض يصير قابضا بالاسترداد لم يوجد بما يقطع
السراية فيبرأ الغاصب عن الضمان ثم قال الا ان هذا لا يشكل على مذهبنا فان الغصب لا يقطع
السراية ما لم يملك البدل على الغاصب بقضاء او رضاء لان السراية انما تنقطع باعتبار
تبدل الملك وانما يتبدل الملك اذا ملك البدل على الغاصب انما قبله فلا نص عليه في
آخر رهن الجامع والباب من جنايات الاذن انما ضمن الغاصب هنا قيمة العبد
اقطع لان السراية وان لم تنقطع بالغصب رد على ما لو قلنا فانتقض سبب الضمان
فلا يبرأ عليه قيمته الغاصب الا اذا ارتفع الغصب لم يرتفع لان الشيء انما يرتفع بما هو فوقه

اعتبر يد الغاصب ثابتة على العبد حقيقة وحكما باعتبار السراية يثبت عليه حكما
لا حقيقة لانه بعد الغصب لم يثبت يده على العبد حقيقة والثابت حكما دون الثابت
حقيقة وحكما ولم يرتفع الغصب باتصال السراية الى يد المولى فيتقرر عليه الضمان بالجناية
الموجودة عليه بعد الغصب قوله كالبيع والاجارة والبيع قاطع للسراية لما ذكرنا
في المتوى ان بداية الجناية مخالفة لنهايتها فاعتبار بداية الجناية يوجب ان يكون الارش للبايع
واعتبار نهايتها يوجب ان يكون للمشتري فيصير المستحق مجهولا فلهذا قلنا بان البيع قاطع للسراية
والغصب يوجب الملك كالبيع فيتاتى فيه ما ذكرنا من الجهالة فان لما فات في يد الغاصب وجب
عليه الضمان وصار العبد ملكا له من وقت الغصب فيكون ابتداء الجناية في ملك المغصوب منه
وانتهاؤها في ملك الغاصب قوله ولم يوجد القاطع اي قاطع السراية قوله وكيف وانه استولى
اي كيف لا يكون مستردا والحال انه استولى الا ترى ان المشتري لو قطع يد المبيع قبل القبض
يصير قابضا قوله لان المحجور عليه لا يواخذ بافعاله حال رقه بخلاف الاقوال التي يوجب المال
فانه يؤاخذ بها بعد الحرية واما اذا اقر بحد او قصاص لزمه في الحال قوله من غير ان يصير مختارا
للفداء لان الجناية لم تكن موجودة وقت التدبير فصار كما اذا جنى العبد ثم اعتقه المولى
ولم يعلم بالجناية فانه يجب عليه القيمة ولا يصير مختارا للفداء فكذلك ههنا قوله فاذا وجد شيئا
اي ولي الجناية الاولى شيئا فارغا عن مزاحمة ولي الجناية الثانية من بدل العبد ياخذه واما
ما قال محمد ره من الجمع بين البدل والمبدل فقلنا كذلك في حق المولى والغاصب لان ما اخذه
المولى من الغاصب بدل المدفوع الى ولي الجناية الاولى واما في حق المجني عليه فهو عوض سالم
يسلم لولي الجناية الاولى فالاعتبار لمن يستحق عنده وهو المجني عليه ومثله جائز كالذمي
اذا باع خمرا وقضى به دين المسلم يجوز للمسلم اخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر في حق
الذمي وعوض عن الدين في حق المسلم فلذلك يحل له اخذها فعلم بهذا ان الشئ الواحد
يجوز ان يكون بدلا عن عين في حق انسان ويكون بدلا عن شئ آخر في حق غيره قوله
غير ان استحقاق النصف ذكر هذا لبيان الفرق فان ما يدفع هذا النصف الذي اخذه
من الغاصب الى ولي الجناية الاولى بالاتفاق وكان لابي يوسف ره عند محمد ره في المسئلة
الاولى لادائه الى الجمع بين البدل والمبدل فاما ههنا لو دفع الى ولي الجناية الاولى لا
يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل لانه لما كانت الجناية الثانية دون الاولى فلو دفع
ذلك المال الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي الى الجمع بين البدل والمبدل فدفع لان حق ولي
الجناية الاولى كان في كل القيمة لان المدبر كان فارغا وقت الجناية الاولى من
مزاحمة الثانية قوله ثم وضع المسئلة في العبد اي محمد ره في الجامع الصغير قوله ثم قيل
هذه المسئلة على الاختلاف في الدفع الى ولي الجناية وقيل على الاتفاق وتمامه في هذه

المسئلة

المسئلة يمكن ان يجعل عوضا عن الجناية الثانية يعني ما يدفعه الى ولي الجناية الاولى من
النصف الذي رجع به على الغاصب يمكن ان يجعل عوضا عما سلم لولي الجناية الثانية و
ما بقي في يده من ذلك عوض عما سلم لولي الجناية الاولى فلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في
ملك واحد قوله ومن غصب صبيا حرا يعني صبيا لا يعبر عن نفسه لانه اذا كان يعبر عن
نفسه يعارضه بلسانه فلا يثبت يده حكما وههنا يتصادف فيده فلا يعارض بيده ولسانه
كذا في الاسرار قوله وهذا لان الحفظ الولي اشارة الى الجواب عن المكاتب الصغير فانه في يد
المولى الا ترى ان المكاتب الصغير لا يزوجه احد والصغير الحر يزوجه وليه فعرفنا ان المكاتب
الصغير بمنزلة الحر الكبير فانه اذا غصبه انسان او نقله الى مكان فاصابه شئ من هذه العوارض
خطوات قبل الغاصب حتى اصابه ولم يكن التحرز عنه لا يضمن لان المغصوب عجز عن حفظ
نفسه بما صنع فيه يجب الضمان على الغاصب ان لم يمنعه من حفظ نفسه لا يضمن لان البالغ
العاقل اذا لم يحفظ نفسه مع امكانه كان التلف مضافا الى تقصيره لا الى الغاصب فلا يضمن
كالماشي اذا علم بالبئر ومشى كيف للمحيي ووقع في البئر لا يضمن الحافر شيئا بخلاف الصغيرة
فانه عاجز عن حفظ نفسه عن اسباب التلف كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ومشى كذلك حتى
وقع في البئر يضمن الحافر شيئا كذا ذكره الامام المحبوبي ره قوله واذا اودع صبي الى اخره
ذكر في شرح الطحاوي ره ومن اودع عند صبي مالا فهلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع
ولو استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي ماذونا له في التجارة يضمن بالاجماع وان كان
محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه يضمن بالاجماع وان قبل بغير اذن وليه فلا ضمان عليه
في قول ابي حنيفة ومحمد ره في الحال ولا بعد الادراك وقال ابو يوسف ره يضمن في الحال واجمعوا
على انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون عنده وديعة ضمن في الحال قوله فعلى عاقلته
الدية اداء القيمة وانما لفظ الدية لانها باداء الادمية والقيمة باداء المالية واكثر
في العبد باداء المالية والواجب في العبد باداء الادمية عند ابي حنيفة ومحمد ره قوله وهذا
يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق هكذا ذكر فخر الاسلام البزدوي ره في الجامع
الصغير هذا الخلاف فيما اذا كان الصبي عاقلا وان لم يكن عاقلا يضمن في قولهم قوله حيث
ضيع المال في يد مانعة اي مانعة من الايداع والاعارة لانه لا ولاية عليه فان الاصل ان
كل يد مانعة على معنى انها يمنع بحيث عليها الا اذا قام مقام يده وههنا لم يقم يده لعدم
الولاية عليه فكان التضييع من جهته قوله بخلاف البالغ والماذون له يعني لو اتلفا يضمنان
بالاجماع لان لهما ولاية على انفسهما فيصح الايداع عندهما وبعد صحة الايداع لو اتلف المودع
الوديعة يضمن وبخلاف ما اذا كان الوديعة عبدا حيث يضمن الصبي المودع قوله لان عصمته
لحقه اي لحق العبد باعتبار ان المالك يعصمه لان عصمة المالك انما يعتبر في ماله ولا يد له

Copyright © King Saud University

حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يجوز له تمكين غيره من الاستهلاك بالتسليط فلما لم يصح التسليط منه يضمن المستهلك سواء كان المستهلك صغيرا او كبيرا بخلاف سائر الاموال فان للمالك ان يستهلكها فيجوز له تمكين غيره من استهلاكها بالتسليط وفي الايضاح وهذا بخلاف قتل العبد لانا انما نعتبر فعله تمكينا اذا كان هو متمكنا من ذلك الفعل بملكه والمالك غير متمكن من القتل بملكه فلم نعتبره تمكينا فاما في غيره فهو متمكن من الاتلاف بالملك شرعا وانما لا يطلق له ذلك الفعل سفها لا انه غير مملوك له وفي الاسرار **فان قيل** هذا الجواب ينطلق بما لو كانت شاة فخنقها الصبي او العبد فانه لا يضمن ورب الشاة ما يملك هذا الحكم بملكه **قلنا** انما يملك الحكم بملكه التصرف في حال حياتها فانه يذبحها ولكن لا يملك الخنق لانه تضييع للمال لا لانه اتلاف كما لو سيبها لم يصح وفي مسئلة العبد لا يملك حياتها ولا التصرف فيها الحكم انه تضييع ولكن الحكم انه اجنبي عنه الا ترى انه لو اتلف عليه بالقصاص لا يصح **قوله** وبخلاف ما اذا اتلف غير الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي بفعله اي المالك بالايداع عند الصبي انما يسقط عصمة ماله عن الصبي لا عن غيره وبقي معصوم في حق غيره كما كان لان التسليط انما وجد في حق الصبي لا في حق غيره فصار مال الوديعة هاهنا كمن وجب عليه القصاص في دمه فانه غير معصوم الدم في حق من له القصاص معصوم الدم في حق غيره كما كان **فان قيل** لو كان الايداع من الصبي تسليطا له على الاتلاف يضمن الاب مال الوديعة بتسليمه الى ابنه الصغير ليحفظها لان التسليم تضييع على هذا التقرير والمودع يضمن بالتضييع ومع ذلك لا يضمن هاهنا عرفنا انه ليس بتسليط على الاتلاف وكذا الاب اذا دفع مال الصبي اليه لا يضمن اذا اتلفه في يده ولو كان تضييعا لذلك بالتسليط يضمن **قلنا** انما لا يضمن الاب فيهما لان يده في عيال المودع اذا كان اهلا لحفظ الوديعة كيد المودع الا ترى انه يحفظ مال نفسه بيد مثله فكذلك يحفظ مال غيره بيده فكانت يد الصبي كيد الاب من هذا الوجه ولو هلكت الوديعة في يد الابن لم يضمن فكذا اذا كان في يده حكما **فان قيل** لو استهلك الصبي الوديعة ثم جاء مستحق فاستحقها وضمن الصبي لم يرجع الصبي على الآمر ولو كان الايداع منه تسليطا لرجع بالضمان كما لو قال له اتلف هذا المال فاتلفه فانه يرجع بما ضمن على الآمر **قلنا** الايداع منه ليس امرا بالاتلاف فانه تسليط عرفا اذ عادة الصبيان اتلاف المال لقلة نظرهم في العواقب فهو لما مكنه في ذلك مع علمه بحاله صار كالاذن له في الاتلاف وقوله احفظ شرط باطل لانه خاطبه بما لا يحفظ ولا يقدر عليه لا ولاية له عليه ولا للصبي على نفسه فهو كمن قدم الشعير بين يدي الحمار وقال احفظ بخلاف مسئلة العبد والامة لما قلنا وقيل الاصح ان معنى التسليط تحويل يده في

المال

المال اليه الا انه يقول له احفظ قصدا ان يكون هذا التحويل مقصورا على الحفظ دون غيره وهذا صحيح في حق البالغ باطل في حق الصبي لانه التزام بالعقد والصبي ليس من اهله فظهر من هذا ان الايداع منه ليس بالامر بالاتلاف بل هو تمكين منه فبينهما العقد يستحق الصبي الرجوع على المودع واما اذا امره بالاتلاف فقد استعمله بالحجر عليه الا ترى انه لو كان عبدا صار غاصبا بالاستعمال بامره واذا صار مستعملا صار ضامنا لما لحقه من عهدة ما باشره باستعماله الا ترى انه لو قال لعبد الغير كل هذا الطعام فاكله العبد لم يصر هذا الصبي غاصبا بخلاف ما لو استعمله بامره ومنشأ الفرق بين كون التسليط حكما لا صريحا بالامر وهو نظير ما لو راى عبده يتجر فسكت يصير العبد ماذونا في التجارة ولو ظهر ان العبد كان حرا او استحقه مستحق يرجع الغرماء على المولى لان الاذن في المبايعة مصرح به هاهنا ومسكوت عنه في الوجه الاول والله اعلم

باب القسامة هو بمعنى الاقسام ثم قيل للايمان التي يقسم على اهل المحلة اذا وجد قتيل فيها **قوله** بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا هذا على طريقة الحكاية عن الجميع واما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا يحلف بالله ما قتلناه لجواز انه باشر القتل بنفسه فيجترئ على يمينه بالله ما قتلنا **فان قيل** يجوز انه قتل مع غيره كان كاذبا في يمينه ان الجماعة يجترئ على يمينه بالله ما قتلت كما في عكسه **قلنا** لا كذلك لانه اذا حلف بالله ما قتلت وكان قتل مع غيره كان كاذبا في يمينه فان الجماعة متى قتلوا واحدا يكون كل واحد منهم قاتلا ولهذا يجب القصاص على كل واحد منهم في العمد والكفارة في الخطأ **قوله** وان لم يكن الظاهر شاهدا اي اذا لم يكن هناك لوث وهو قرينة حال توقع في القلب صدق المدعي بان يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه كالدم او ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة او شاهد واحد عدل او جماعة غير عدول ان اهل المحلة قتلوه **قوله** فمذهبه ينقل مذهبا اي في البداية يمين المدعي عليه انه ان لم يكمل اهل المحلة خمسين لا يكرر اليمين عليهم بل يرد على الاولياء كما في النكول عنه فالاختلاف في موضعين في تحليف المدعي اولا وفي تحليفه اهل المحلة باليمين فالحاصل انه اذا وجد ظاهر يشهد للمدعي عند الشافعي يحلف المدعي فان حلف انهم قتلوه خطأ فله الدية عليهم وان حلف انهم قتلوه عمدا فعليهم القصاص في قول والدية في قول وان لم يكن الظاهر شاهدا للمدعي حلف اهل المحلة بالله ما قتلناه **قوله** فيقسم منكم خمسون اصله ما روي انه وجد قتيل من المسلمين في قليب من قلب خيبر فرفع الى النبي صلى الله عليه وسلم فقضى باستحلاف خمسين من اهل القليب فلم يرض الاولياء بايمانهم بسبب كفرهم فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم منكم خمسون انهم قتلوه فقالوا كيف نقسم على ما لم نر قطعا فوداه النبي عليه السلام من مال نفسه فيكون الحديث حجة

Copyright © King Saud University

وتاويل قوله يقسم منكم اي القسم منكم استفهام على الانكار وكانه عليه السلام ابى منهم الرغبة في حكم
الجاهلية حين ابوا ايمان اليهود بقولهم لا نرضى بيمين قوم كفار فقال ذلك على سبيل الزجر فلما
عرفوا كراهية رسول الله صلى الله عليه وسلم بذلك رجعوا عنه بقولهم كيف نحلف على امر لم نعاين
ولم نشاهد قوله بدأ باليهود بالقسامة وهم اهل القليب قوله فاما ان لا يستحق به النفس المحرم
جواب عن احد قولي الشافعي رح وهو قول مالك رح انه يجب القصاص بيمينه وكذلك علة قوله
الاخر فانه يقول يستحق بيمينه النفس الا ان القصاص سقط باعتبار الشبهة فيصار الى الدية بدلا
عن القصاص قوله يفيد بيان الصالح على العلم لان صالحي اهل المحلة اذا علموا القاتل فيهم اظهروه
ولم يحلفوا قوله لانه يمين وليس بشهادة تحرز بهذا التعليل عن اللعان لانه شهادة والكافر
والمحدود ليسا من اهل الشهادة قوله فاذا حلفوا قضى على المحلة بالدية اي على عاقلة اهل
المحلة وفي المبسوط انما يقضى بالدية على عاقلة اهل المحلة في ثلث سنين وهنا اصله قوله في
حديث عبد الله بن سهل وهو ما روى سهل بن ابي حثمة ان عبد الله بن سهل وعبد الرحمن
بن سهل وحويصة ومحيصة رض خرجوا في التجارة الى خيبر وتفرقوا لحوائجهم فوجدوا عبد
الله بن سهل رض في قليب من قليب خيبر يتشحط في دمه فجاؤوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
ليخبروه وما زاد عبد الرحمن وهو اخو القتيل ان يتكلم فقال عليه السلام الكبر الكبر فتكلم احد
عميه حويصة او محيصة فاخبره بذلك فقال عليه السلام ومن قتله قالوا ومن يقتله سوى
اليهود قال عليه السلام يبريكم اليهود بايمانها قوله في حديث سهل فحديث زياد وحديث
سهل ما ذكرنا واما حديث زياد فما روى خصيف عن زياد بن ابي مريم رض انه قال جاء رجل
الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني وجدت اخي قتيلا في بني فلان فقال اجمع من شيوخهم
خمسين رجلا فيحلفون بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا فقال الرجل اليس لي من اخي الا هذا
قال نعم ومائة من الابل قوله وكذا جمع عمر رض بينهما على وادعة روي انه لما وجد قتيل بين
وادعة وارحب وكان الى وادعة اقرب فقضى عليهم عمر رض بالقسامة والدية وادعى بالبسم
الموصلين لا ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا تدفع عن ايماننا فقال لا حقنتم دماءكم
بايمانكم واغرمكم الدية لوجود القتيل بين اظهركم قوله ولو ادعى على البعض باعيانهم بعينه
من اهل المحلة الخ قوله وعينا بما نرضيه وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان في
قتيل في بعض النسخ الحكم مذكور مكان قوله سنذكره نحو قوله وقد ذكرناه لكن لم يثبت
عندي صحة هذه الرواية من النسخ المعتمدة قوله كررها لان الايمان عليهم لان تكرار اليمين
مشروع كما في كلمات اللعان قوله والمعنى ما اشرنا اليه وهو ان تكرار القسامة والدية
في قتيل الحمل غير مشروع قوله لان الظاهر انه تام الخلق ينفصل حيا فان قيل الظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا قلنا في غائب الحي وليسانه وذكره انا علم صحته حكم به

عدل

عدله عندنا وان كان الظاهر سلامتها قوله اعتبار الظاهر هنا لانه نفس من وجه وكذلك الاطراف
لانها يسلك بها مسالك الاموال ولا يجب القصاص والدية فيها ما لم يعلم سلامتها واما الجنين
فنفس من وجه عضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه اثر الضرب فالظاهر انه انفصل
حيا اعتبرنا جهة النفس كالقتيل الموجود في المحلة وبه اثر الجراحة يحكم بانه مقتول ويجب
القسامة والدية اعتبارا للظاهر وان كان يحتمل انه مات حتف انفه بقطع الدم واذا انفصل
ناقصا اعتبرنا فيه جهة العضو فلم يوجب الدية التي لها خطر اذ لا يتيقن بانفصاله حيا ولا
ظاهر يشهد بذلك قوله واذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته وروي
عن ابي يوسف رح في غير رواية الاصل انه كان يفصل في الجواب فيقول ان هذا هكذا اذا
كان السائق يسوق الدابة مختفيا سرا لان الظاهر انه هو القاتل اذا كان يسوقها على هذا
الوجه فاما اذا كان يسوقها غير محتشم نهارا جهارا فلا شيء عليه لان الانسان قد يحمل اباه
او ابنه او احدا من اقربائه الى اهله ليدفنه فيه فظاهر حاله يدل عليه فلا يجعل قاتلا ومن مشايخنا
رح من قال انما يجب الدية على عاقلة السائق اذا لم يكن للدابة مالك معروف اما اذا كان لها
مالك معروف فالقسامة والدية على مالكها في الدار عند ابي حنيفة ومحمد رح اولم يكن و
اطلاق الجواب في الكتاب يدل على هذا يحتاج الى الفرق بين الدابة والدار على قول ابي حنيفة و
محمد رح والفرق هو ان المعتبر في هذا الباب للتصرف والولاية والتدبير في الدار يكون للمالك
لانه لا يتصور انقطاع يده عن ذلك وان اجرها فالمؤنة يكون على المالك فيكون
القسامة عليه واما في الدابة فالتصرف والولاية والتدبير لمن في يده الدابة قوله قيل
هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهل الصوت في الفضاء على انه انما يكون اذا كان
القتيل بحيث يبلغ اهل الصوت هكذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي رح وهو وادعة وارحب
قبيلتان من همدان قوله واذا وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار في يده
فصار صاحب الدار مع اهل المحلة بمنزلة المحلة مع اهل المصر فلما لم يدخل اهل المصر مع
اهل المحلة كذلك لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في القسامة كذا في شرح الاقطع
قوله ولا يدخل السكان في القسامة مع الملاك يعني اذا كان في المحلة سكان وملاك
قوله وهو قول محمد رح ذكر في الاسرار بعدما ذكر هذا الاختلاف بين ابي حنيفة وابي يوسف رح
فقال وقول محمد رح مضطرب وههنا اثبتنا قوله مع ابي حنيفة رح قوله وهو على اهل الخطة
اي يجب القسامة على اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا ملكوها حين فتح الامام
البلدة وقسمها بين الغانمين بخط ليتميز انصباءهم قوله والولاية باعتبار الملك اي ولاية
الحفظ قوله وقيل ابو حنيفة رح بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة اي بنى على ما شاهد
من عادة اهل الكوفة في زمانه ان اصحاب الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة لا

Copyright © King Saud University

خلاصه

فيبادكم المشترون في ذلك **قوله** لان انتقلت اليهم اي على قول ابي حنيفة ومحمد رح لتقدم ملكهم
وحصلت لهم اي على قول ابي يوسف رح لمالك الولاية عنده كانت لصاحب الخطة والمشترى
فالان خلصت للمشترين لزوال من يزاحمهم **قوله** بمنزلة الشفعة فانها على عدد الروس
لا على قدر الانصباء عنده **قوله** ومن اشترى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل الى
قوله وان كان في البيع خيار فهو على عاقلة الذي في يده فالحاصل ان ابا حنيفة رح اعتبر
اليد وهما اعتبرا الملك ان وجد والا توقف على قرار الملك **قوله** ومن كان في يده دار
فوجد فيها قتيل لم يعقل العاقلة حتى يشهد الشهود انها الذي في يده يعني اذا انكرت
العاقلة ان يكون الدار له وقالوا هي وديعة في يده وهذا لما عرف ان الظاهر حجة للدفع
لا للاستحقاق وقد احتجنا الى الاستحقاق هنا فوجب اثباته بالبينة لمن طلب شفعة بالجوار
في دار بيعت فانكر المشتري ان يكون الدار التي في يد الشفيع ملكا له فانه لا يستحق الشفعة
بها عليها حتى يقيم البينة على الملك ولا يلزم ان ابا حنيفة رح يعتبر اليد في استحقاق
الدية لما ذكرنا آنفا لانه يعتبر يد المالك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد المالك الا بالبينة **قوله**
واللفظ يشمل اربابها اي لفظ من فيها **قوله** وهذا على ما روي عن ابي يوسف رح ظاهر
لانه يجعل السكان والمالك في القتيل في المحلة التي للملاك دون السكان سواء وكذا
في القتيل الموجود في السفينة واما عندهما ففي المحلة السكان لا يشاركون الملاك لان
التدبير في المحلة الى الملاك دون السكان وفي السفينة انهم في تدبيرها سواء اذا جن بهم
امر وهذا لان السفينة تنقل فيكون المعتبر فيها اليد دون الملك فانها مركب كالدابة فكان
المعتبر في القتيل الموجود على السفينة الدابة هو اليد دون المالك فكذا في القتيل الموجود في
السفينة وهم في اليد عليها سواء بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل هكذا ذكر شيخ الاسلام
قال بعض المشايخ رح انما يجب على الركاب اذا لم يكن للسفينة مالك معروف فان كان فالقسامة
عليه ومثل هذا التفصيل مر في الدابة **قوله** وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا
قسامة فيه لان المقصود بالقسامة نفي تهمة القتل وذلك لا يتحقق في حق جماعة المسلمين
والدية على بيت المال لانه للعامة وفي المغرب الشارع هو الطريق الذي يشرع فيه الناس
عامة على الاسناد المجازي او هو من قولهم شرع الطريق اي تبين انما اراد به ان يكون
نافذا عن المحال اما الاسواق في المحال فهي محفوظة بحفظ اهل المحلة فيكون القسامة
والدية على اهل المحلة وكذا في السوق النائية اذا كان فيها من يسكنها في الليالي في
كان لاحد فيها دار مملوكة يكون القسامة والدية عليه لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع فيتصف
بالتقصير فيجب بسبب التقصير عليه كذا في مبسوط شيخ الاسلام وفي المنتقى فان وجد قتيل
في صف من السوق فان كان اهل ذلك يبيتون في حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كان

لا يسمعون

جامعة الرياض
المكتبة المركزية – قسم المخطوطات

لا يبيتون في حوانيتهم فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت **قوله** فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة
اي لاجل ترك النصرة **قوله** وقد بيناه اي في مسئلة وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل **قوله**
وان وجد في وسط الفرات ذكر الفرات ليس بقيد في المبسوط واذا وجد في نهر عظيم يجري
به الماء فلا شيء عليه وكذلك ذكر الوسط وذكر شيخ الاسلام رح في مبسوطه هذا اذا كان
موضع انبعاث الماء في دار الشرك لانه اذا كان كذلك يحتمل هذا قتيل دار الشرك واما
اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام يجب الدية في بيت المال لان موضع انبعاث
الماء في يد المسلمين فاذا كان قتيل مكان الانبعاث وكان اخر دون ذلك فهو قتيل
المسلمين فيجب الدية في بيت المال وفي الذخيرة ايضا مثل هذا **قوله** وان كان محتبسا بالشاطئ
فهو على اقرب القرى من ذلك الموضع على التفسير الذي تقدم اراد به قوله قيل هذا محمول
على ما اذا كان يبلغ اهله الصوت وفي المبسوط فان كان الشط محتبسا فهو على اقرب القرى
اليه ثم قال وهذا اذا كانوا بالقرب من ذلك الموضع بحيث يسمعون صوت من وقف على
ذلك الموضع ونادى باعلى صوته وان كانوا لا يسمعون ذلك لا شيء عليهم فيه هكذا شرح
الكرخي رح وفي الذخيرة اذا كان بحيث لا يسمع منه الصوت لا يجب عليهم شيء وانما يجب في بيت
المال لانه تحت يد جماعة المسلمين **قوله** وقد ذكرناه ذكرناه في القياس والاستحسان هنا هو
الموضع الذي وعد بيانه فيه بقوله سنذكره بعد ان شاء الله تعم وههنا قال وقد ذكرناه فلعله
رح انه ذكره وقيل في بعض النسخ ذكره بعد هذا فيستقيم قوله وقد ذكرناه **قوله** وان ادعى على
واحد من غيرهم سقط عنهم اي سقطت القسامة والدية يحلف المدعى عليه يمينا واحدا كما
ذكره في الذخيرة **قوله** بعينه واحد منهم لا بيانا في ابتداء الامر فان الشارع اوجب القسامة
ابتداء وفي المبسوط وان ادعى اهل القتيل على بعض اهل المحلة الذين وجد القتيل بين اظهرهم
انه قتله عمدا او خطأ لم يبطل بهذا حقهم في القسامة والدية لانهم ذكروا ما كان
معلوما لنا بطريق الظاهر وهو ان القاتل واحد من اهل المحلة لكنا لا نعلم ذلك حقيقة
ويدعي الولي على واحد منهم بعينه لا يصير معلوما لنا حقيقة لانه هو القاتل فان لم يستقيد
هذه الدعوى شيئا لا يتغير الحكم به فبقيت القسامة والدية على اهل المحلة وروي ابن
المبارك عن ابي حنيفة رح انه يسقط القسامة عن اهل المحلة لان دعوى الولي على
واحد منهم بعينه يكون ابراء لاهل المحلة عن القسامة فان القسامة في قتيل لا يعرف
قاتله فاذا زعم الولي انه يعرف القاتل منهم بعينه صار مبريا لهم عن القسامة وذلك صحيح
منه واذا ادعى القتل على غيرهم امتنع دعواه عليهم للتناقض لانه لما ادعى على غير اهل
المحلة فقد ابرأ اهل المحلة من ذلك حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك على اهل المحلة للتناقض
كذا في المبسوط **قوله** واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل قال الفقيه ابو جعفر رح

Copyright © King Saud University

فى كشف الغوامض وهذا اذا كان الفريقان غير متاولين قتيلوا عصبيا كانوا مشركين
او خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك من اصابة العدو قوله الحديث الذى رويناه
اى فى اوايل باب القسامة وهو قوله عليه السلام لو اعطى الناس بدعواهم لادعى قوم دماء قوم
واموالهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من انكر قوله لان الظاهر ان العدو قتله ولهذا
كان شهيدا اذ الظاهر ان الانسان بعد الالتقاء ان يقتل من يعاديه لا من يواليه وانما اوجبنا
القسامة والدية على اهل المحلة باعتبار نوع من الظاهر ويتعلم هنا بخلاف ما اذا كان اقتتل
الفريقان من المسلمين عصبية كالكلابادى والسرولدى كما بخارا اذ ليس فى اضافة القتل الى العدو
حال امر المسلمين على الصلاح اذ الفريقان مسلمان فبقى حال القتل مشكلا فيجب القسامة والدية على
المكان كذا فى المبسوط قوله والتم بالقواعد والمعلى ما بنيا يعنى ان لم يعلم القواعد الا وجد فى
خباء او فسطاط فعلى من يسكنها وانكان خارجا فعلى اقرب الاخبية لان الصلة الموضع فى يد
اهل اقرب الاخبية هذا اذا نزلوا متفرقين اما اذا نزلوا مختلطين فان الدية والقسامة عليهم
كذا فى مبسوط شيخ الاسلام رح قوله كالوصى اذا خرج من الوصاية بان بلغ الغلام او عزله
القاضى فعلى الاصلين هذين يتخرج كثير من المسائل لا صلان مجمع عليهما انما الخلاف فى ان اهل
المحلة ما حكمهم عندنا بخصفهم هم خصما فتحملها كانوا بعرضية ان يصيروا خصما ولهذا
لم يقبل شهادتهم عندنا بخصفهم وعندهما قبلت قوله وما يتخرج على الاصلين مسئلة
الشفيعين اذا شهدا على المشترى بالشراء وهما لا يطلبان الشفعة يقبل لانهما ما صارا
خصمين بل صارا بعرضية الشفعة لا يقبل شهادتهما بعد الطلب لصيرورتهما خصمين ولا يقبل
شهادة البائع للمشترى على الشفيع بتسليم الشفعة وان سلم الدار الى المشترى لانه صار خصما
للشفيع بنفس البيع فانه وجب عليه التسليم الى الشفيع متى طلب منه كما يجب التسليم الى
المشترى والموصى له بالثلث اذا شهد بحق للموصى حال وقوع الاشكال فى موته وقد تقدم صورته
قبلت شهادته قوله لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بيناه اشارة الى ما ذكر من الفرق
وهو قوله ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم الى اخره قوله ومن جرح فى
قبيلة اى ولم يعلم الجارح قوله فانكان صاحب فراش حتى مات يعنى صار المجروح صاحب
فراش حين جرح فى تلك القبيلة ثم نقل الى اهله فمات فانما فيه لانه لو كان صحيحا يجى
ويذهب حين جرح ثم مات فى اهله فلا شئ فيه كذا فى المبسوط قوله وقد ذكرنا وجهى
القولين فيما قبله من مسئلة القتيلة وهو ومن جرح فى قبيلة وفى المبسوط بعدما ذكر
مسئلة القتيلة وعلى هذا التخريج اذا وجد على ظهر انسان تحمله الى بيته فمات بعد يوم او
يومين فانكان صاحب فراش حتى مات فهو على الذى تحمله كما لو مات على ظهره وانكان
يذهب ويجى فلا شئ على من حمله وفى قول ابى يوسف رح لا شئ عليه فى الوجهين قوله ولو وجد

رجل

رجل قتيلا فى دار نفسه فديته على عاقلة لورثته عند ابى حنيفة رح واما قال الدية على عاقلته بناء
على الظاهر وهو ان عاقلة الوارث والمورث يتحد وانكان فى موضع يختلف العاقلة ينبغى
على قياس هذه الطريقة وهو ان الدار مملوكة للورثة لا للميت ان يكون الدية على عاقلة
الورثة وهو الاصح وعلى قياس طريقة ان عنده لو وجد قتيلا فيها كانت القسامة عليه دون
عاقلته يجب ان يكون على عاقلة القتيل كذا فى المبسوط قوله من مات قبل ذلك بى قبل ظهور
القتل قوله يجب على عاقلتهم اى عاقلة الورثة فان قيل اذا قلتم ان الدية تجب على عاقلة
الورثة فكيف يستقيم ان يعقوا عنهم قلنا ان الدية تجب للمقتول حتى تقضى منه ديونه
وتنفذ وصاياه ثم يخلفه الوارث فيه وهو نظير الصبى والمعتوه اذا قتل اباه يجب الدية
على عاقلته ويكون ميراثا له وهذا بخلاف المكاتب يوجد قتيلا فى دار نفسه لان هناك
اذا وجد بغيره قتيلا انما يحصل هو كالقاتل له باعتبار عقد الكتابة وعقد الكتابة باق
بعد ما وجد هو قتيلا فيه ولهذا جعل كانه قتل نفسه فاما هنا اذا وجد غيره قتيلا انما
يجعل هو كالقاتل لقيام ملكه فى الدار حين وجد القتيل فذلك غير موجود فيما اذا وجد
هو قتيلا فيه لان الملك منتقل الى الورثة وملك المكاتب باق لبقاء عقد الكتابة ولهذا
افترقا قوله ولو ان رجلين كانا فى بيت وليس معهما ثالث اذ لو كان ثالث يقع الشك فى
القاتل فلا يتعين واحد منهما قوله كما اذا وجد قتيل فى محلة انكان يتوهم قتل نفسه ساقطا
هناك فكذا هنا قوله والدية على عاقلتها اقرب القبايل اليها فى النسب لانها لا يعدم
النصرة من اهل الديوان قوله قال المتاخرون ان المراة تدخل فى هذه المسئلة و
انما قيد بقوله فى هذه المسئلة لان المراة لا تدخل فى العاقلة فى تحمل الدية فى صورة من
الصور على ما يجى فى المعاقل وتدخل فى هذه المسئلة لانا جعلناها قاتلة والقاتلة
تشارك العاقلة لانها لما وجبت على غير المباشر فعلى المباشر اولى ان يجب جزء منها اولى
ان يجب فى موضع المسئلة فيما اذا وجد القتيل فى دار امراة فى مصر ليس فيه من عشيرتها
احد اما اذا كانت من عشيرتها حضورا يدخل معهما فى القسامة والله اعلم كتاب المعاقل
وكل دية وجبت بنفس القتل احترز عما اذا وجبت بالصلح او بالاعتراف قوله وحديث
حمل بن مالك رح هنا اسم والد الصحابية سمى به وكانت له ضرتان فضربت احديهما
الاخرى بمسطح خيمة فالقت جنينا ميتا فقال النبى عليه السلام لاولياء الضاربة قوموا
فدوه فقال اخوها عمران بن عويمر الاسلمى اندى ما لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا
اكل ومثل دمه بطل فقال عليه السلام اسجع كسجع الكهان قوموا فدوه قوله لانه انما
قصر يعنى فيه وذلك بالقصاد لان مثل هذا الفعل لا يكون الا بقصد الاستعانة وقلة
مبالاة وتقصير فى التحرز عنها انما يكون بقوة يجدها المراة فى نفسه وكثرة اعوانه وانصاره

Copyright © King Saud University

وانما يضم عاقلته لخصوا به قوله لما دون الدواوين اى رتب الجرايد للولاة والقضاة
بقال فلان من اهل الديوان اى ممن اثبت اسمه فى الجريدة والديوان الجريدة من دون الكاتب
اذا جمعها لانها قطع من القراطيس مجموعة قوله وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى
هذا جواب عن قوله ولا نسخ بعده فان قيل كيف يظن بهم الاجماع على خلاف ما قضى
رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا هذا اجماع على وفاق ما قضى به رسول الله صلى الله
عليه وسلم معنى لانهم علموا ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى على العشيرة باعتبار
النصرة فكان قوة المرء ونصرته يومئذ بعشيرته فلما دون عمر رضى الله عنه الدواوين صارت
القوة والنصرة بالديوان فلهذا قضوا بالدية على اهل الديوان الحلف بكسر الحاء العهد
يكون بين القوم ومنه قولهم تحالفوا على التناصر والمراد به ههنا ولاء الموالاة قوله
والولاء اى ولاء العتاقة قوله والعد وهو ان يعد منهم قال فلان عديد لبنى فلان اى
يعد فيهم لكن ليس فى نفس نسبهم وان لم يكن له فيهم قرابة كابليس كان يشتغل
بالعبادة فيما بين الملائكة يعد منهم وان لم يكن من جنسهم قوله اولى منه فى اصول
اموالهم اى من الايجاب قوله لحصول المقصود وهو التفريق على الاعطيات قوله لان الوجوب
بالقضاء لان من عليه غير معلوم لانه فى العاقلة كلا ما فلا يتعين الا بالقضاء ولهذا
لم يوخذ من العطايا للسنين الماضية قبل القضاء وان عشرت خرجت بعد القضاء
قوله على ما بينا ان شاء الله تعالى اشار الى قوله فانما يعتبر مدة ثلاث سنين من
وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصل المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر
ابتداؤها من وقته كما فى ولد المغرور لان ضمان المتلفات يكون بالمثل بالنص
مثل النفس بالنفس الا انه اذا رفع الى القاضى يتحقق العجز عن استيفاء النفس لما
فيه من معنى العقوبة فيتحول الحق بقضائه الى المال قوله كما فى ولد المغرور فانه تعتبر قيمته حيث
المغرور بقضاء القاضى وان كان رد عينه متعذرا قبل القضاء ولكن فى الحكم جعل
الواجب رد العين الا ان يحول القاضى الى القيمة بقضائه ليتحقق العجز عن رد العين
ولهذا لو هلك الولد قبل القضاء لم يضمن شيئا فاعتبر قيمته يوم القضاء لهذا وهو
نظير الاجل فى حق العين فانه لا يعتبر ما مضى من المدة قبل الخصومة وانما يكون
ابتداء التاجيل من وقت قضاء القاضى قوله ويقدم الاقرب فالاقرب على ترتيب
العصبات الاخوة ثم بنوهم صورته اذا جنى واحد من اولاد حسين رضى يكون يجب
الجناية عليهم وان لم تتسع هذه القبيلة لذلك هم اولاد حسن رضى وان لم تتسع
هذه القبيلة لذلك ضم اليها قبيلة عقيل ثم بنوهم قوله وعند الشافعى يجب
على كل واحد نصف دينار فيستوى بين الكل وعند الشافعى رح ما يقضى به على كل واحد

منهم لا يكون اقل من نصف دينار لانها صلة واجبة شرعا فيعتبر بالزكوة وادنى ما يجب فى
الزكوة نصف دينار او خمسة دراهم ولنا ان الايجاب عليهم للتخفيف على القاتل وذا فى
القليل دون الكثير وهذه صلة امرنا باداءها على وجه التبرع فلا يبلغ مقدارها مقدار
الواجب من الزكوة بل ينقص من ذلك لانها لا تجب فى اصول اموالهم وانما يجب فيما
هو صلة وهو العطا تحقيقا للتخفيف قوله وان كان يخرج فى كل شهر يوخذ فى كل رزق
حصته من الشهر اى من حصول السدس قوله وادخل القاتل فى العاقلة اى اذا كان من اهل
العطاء فى الديوان اما اذا لم يكن من اهل العطاء فلا يجب عليه شىء من الدية عندنا ايضا قوله
وعلى هذا لو كان القاتل صبيا او امراة لا شىء عليهما من الدية هذا لفظ ما ذكر قبل العاقل
من اختيار المتاخرين ان المراة تدخل فى التحمل مع العاقلة الا ان ذلك ليس باصل الرواية
وانما هو اختيار بعض المتاخرين وما ذكره هنا هو اختيار الطحاوى رح وهو الاصح وهو ظاهر
رواية محمد رح قوله ولا مدخل لها من العطاء للمعونة هذا جواب اشكال وهو ان يقال انما يدفع
لنصرة اهل الاسلام كما فى حق المراة ثم المراة يكون عطاؤها اجرهم فكذا الصبى والنساء فاجاب
ان العطاء انما يدفع للنساء والصبيان فى الدواوين باعتبار المعونة لا باعتبار النصرة اى
باعتبار معونة الامام للصبى والمراة قوله وغيره وهو العد والحلف قوله واهل البادية
اقرب اليه نسبا قوله وقيل هو صحيح اى قوله ولم يشترط ان يكون بينه وبين اهل الديوان قرابة
قوله وقيل تاويله اذا كان قريبا لهم اى من اقاربهم قوله وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة اى
صار كصغيرة لها وليان احدهما اقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى
الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها وههنا اهل المصر قريب مكانا فكانوا اقدر على
النصرة من اهل البادية وان كانوا اقرب نسبا قوله لا سيما فى المعاقل العاجزة عن الانفراد
كحد السرقة والقذف والقصاص ووجوب الحد قوله كما فى حق المسلم اى يجب الدية فى مال
المسلم اذا لم يكن له عاقلة وهذه رواية عن ابى حنيفة رح وفى ظاهر الرواية تجب فى بيت المال
وفى المبسوط فرق بين الذمى والمسلم فان الجانى اذا كان مسلما ولا عاقلة له يعقل فى
بيت المال فى ظاهر الرواية ولا يجب فى مال الجانى والفرق ان العقل انما يجب على غير الجانى بطريق
النصرة ومن لم يكن للمسلم ديوان ولا قرابة فانما ينصره جماعة المسلمين اهل نصرته فلذلك
يجب عقله فى بيت المال باعتبار النصرة بخلاف الذمى فان جماعة المسلمين ليسوا من اهل
نصرته فالولاية بيننا وبينهم منقطعة فيتعذر ايجاب العقل فى بيت المال باعتبار النصرة
فيجب فى ماله قوله وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرهم اى تمكن الذمى من هذا القتل
ليس بنصرة اهل الاسلام اياه قوله لان الكفر كله ملة واحدة اى فى انه اعراض عن
الحق واتباع الرسول عليه السلام وهذا اذا كان من دياناتهم ان العاقلة يتحملون عن القاتل

Copyright © King Saud University

اما اذا لم يعقلوا فذلك يكون في مال القاتل قوله محول ديوانه اي بعد القتل قوله وقد تحققت
وعاقلته اهل الكوفة اي في هذه الحالة قوله وكذا الوجوب على القاتل الى النكتة الاولى
انما هي من حيث النظر الى الواجب الثانية باعتبار النظر الى محل الوجوب الحاصل ان
النظر الى الواجب والى محل الوجوب يقتضي ان يكون المتحمل عنهم هم العاقلة الثانية قوله
بخلاف ما اذا قلت العاقلة بان مات بعضهم متعلق بقوله بخلاف ما بعد القضاء اي لا
نقض بالدية على عاقلته من اهل البصرة اذا كان القاضي قضى بها على عاقلته من
اهل الكوفة بخلاف ما اذا قلت حيث يضم اليها اقرب القبائل فاجاب عنه بقوله ان
في ضم اقرب القبائل اليهم تقوية للحكم الاول لا ابطالا له قوله ولكن يقضي ذلك الى الابل
من مال العطايا بان يشتري الابل من مال العطاء قوله ولا يعقل العاقلة اقل من
نصف عشر الدية فيه اشكال وهو ان من قتل عبد غيره خطأ وقيمته اقل من ارش الموضحة
فان العاقلة تحمله الا ان الجواب عنه ان المراد منه فيما دون النفس فاما في النفس
فالنص ورد بوجوب الدية على العاقلة وهذا دية لان القيمة في العبد قائمة مقام
الدية في الحر قوله لا تعقل العواقل عمدا ولا صلحا اذا كان القاتل عبدا للمقتول قوله
ولا عبدا قال ابو حنيفة رحمه الله هو ان يجني العبد على الحر وقال ابن ابي ليلى هو ان يجني
الحر على العبد وصوبه الاصمعي وقال لو كان المعنى على ما قال ابو حنيفة لكان
الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن ولم تعقل عبدا على ما صوبه الاصمعي المراد
ان يكون الجناية على عبد فيما دون النفس قوله بخلاف الاول الادا قوله والاقرار والصلح
لا يلزمان العاقلة فيفهم من هذا انه يلزم موجب الاقرار في مال المقر اذا وجبت
الدية هنا في مال المقر لان هنالك لم يوجد تصادقهما بقضاء الدية على العاقلة
فيجب في مال المقر ورواه في المبسوط في قوله ولم يكن عليه شيء اي على المقر شيء في
ماله لانهما تصادقا ان الواجب بقضاء القاضي تقرر على العاقلة فبعد ما تقرر على
العاقلة لا يبقى عليه وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول فهناك السبب الموجب
للدية على العاقلة وهو قضاء القاضي لم يوجد اصلا فيقضى بها في مال المقر قوله الا ان
يكون له عطاء معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته من ذلك لانه في مقدار حصته مقر على
نفسه وهذا يبين ان القاتل انما يكون احد العواقل عندنا اذا كان له عطاء في
الديوان فان قيل اذا كان اصل الوجوب عليه وقد تحول عنه الى عاقلته بقضاء
القاضي فاذا توى على العاقلة بجحودهم عاد الدين الى ذمة الجاني قلنا هذا يستقيم
فيما اذا كان دينا للنفع النوعي من مال المسلم وهذا صلة لم يكن دينا واما كان بطريق
الصلة لصيانة المقتول عن الهدر تقررا ما تقرر على العاقلة بقضاء القاضي لا يتحول

الم

الم يحال سواء استوفى من العاقلة او لم يستوف كما في المبسوط قوله قال اصحابنا رحمهم الله ان القاتل اذا
لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال وهذا اذا كان القاتل مسلما اما اذا كان ذميا ولا عاقلة له فالدية
في ماله لا في بيت المال قوله لكنا ما لزمه من الغرامة يلزمه من بيت المال وفي وقال قاضيخان
وروى عن محمد عن ابي يوسف رحمه الله ان من لا عاقلة له اذا قتل رجلا خطأ فان دية القتيل تكون في
مال الجاني وذكر في كتاب الولاء من الاصل ان بيت المال لا يعقل من له وارث معروف سواء كان مستحقا
للميراث بان كان حرا او لم يكن مستحقا بان كان كافرا او عبدا فقال لو ان حربيا مستأمنا اشترى عبدا
مسلما في دار الاسلام فاعتقه ثم عاد المستأمن الى دار الحرب ثم اسروا خرج الى دار الاسلام ثم مات
معتقه فميراثه يكون لبيت المال لان معتقه ميت في الحال ولو جنى هذا المعتق فعقل جنايته يكون عليه
ولا يكون على بيت المال لان له وارثا معروفا وهو المعتق ولكن المعتق لا يستحق ميراثا لاجل الرق
وهو الصحيح قوله لانهم مضطرون في ذلك حيث تحملوا بالزام القاضي وهنا نفي جهة التبرع قوله
والاصل الذي يخرج عليه ان يقال حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاءه الى ولاء قوله فانتقل الى
التبدل مصورة ما اذا تزوج عبد معتقة قوم فولدت منه اولادا يكون ولاء الاولاد لموالي
الام فاذا جنى الولد فالجناية على عاقلة الام فاذا تحملوا عنه ثم عتق الاب حيث ولاء الولد الى
نفسه لسبب حادث وهو العتق فلا يعقل جنايته قوله وان ظهرت حالة خفية مثل ولد
الملاعنة يعني اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ فعقلت عنه عاقلة الام ثم ادعاه الاب ثبت
نسبه منه ورجعت على عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي
لعاقلة الام على عاقلة الاب لانه تبين ان الدية واجبة عليهم لان عند اكذاب الاب نفسه يظهر
ان النسب لم يزل كان ثابتا من الاب لان النسب يثبت منه من وقت العلوق لا من وقت الدعوة
فتبين ان عقل جنايته كان على عاقلة ابيه وان قوم الام تحملوا على قوم الاب مضطرين في
ذلك بالزام القاضي فيرجعون عليهم بما تحملوا مع عاقلة الاب كما هو في الجناية وقد مر
ان التاجيل فيه من وقت القضاء لا من وقت الجناية فكذا هنا وانما يرجعون في ثلاث سنين
لانهم ادوا هكذا قوله ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كانت لا اعتبار في ذلك
لوقت القضاء نظيره ما اذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء ولم يقض بالدية على
عاقلته حتى حول ديوانهم الى البصرة فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وعلى قول
زفر رحمه الله يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله ايضا قوله ولو كانت
العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده نظير
الزيادة ما حول ديوان الى العاقلة بعد القضاء عليهم فيشاركهم المضموم اليهم فيما يؤدون بعد
التحويل ونظير النقصان ما اذا قلت العاقلة حتى يصيب الرجل في الجناية ثلاثة دراهم او
اربعة دراهم وقد كان نصيبه قبل النقصان اقل من ثلاثة او اربعة وان قلت العاقلة حتى

Copyright © King Saud University

يصيب الرجل الاكثر من ثلثة دراهم او اربعة دراهم ضم اليهم اقرب القبائل اليهم في النسب حتى يصيبه في عطيات ثلثة دراهم او اربعة دراهم وهذا لان في ايجاب الزيادة عليهم اجحافا بهم ولانه متى حزبهم امر ولا يتمكنون من دفع ذلك عنهم بانفسهم فانما يستعينون باقرب القبائل اليهم فكانوا في بعض الاحوال يستنصرون بهم عند الحاجة فلذلك يضمون اليهم في تحمل العقل عند الحاجة والله اعلم

كتاب الوصايا

وركن الوصية يقال اوصيت بكذا لفلان وشرطها كون الموصي اهلا للتمليك والموصى له اهلا للتمليك والموصى به بعد موت الموصي مالا قابلا للتمليك وحكمها ان يملك الموصى له ملكا جديدا كما يملك بالهبة **قوله** الوصية غير واجبة وهي غير مستحقة انما ذكر قوله وهي مستحقة بعد قوله غير واجبة لنفي قول بعض الناس الوصية للوالدين والاقربين اذا كانوا ممن لا يرثون فرض وعند بعضهم الوصية واجبة على كل احد من له ثروة ويسار واستدلوا بظاهر قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر احدكم الموت ان ترك خيرا الوصية للوالدين والاقربين والمكتوب علينا يكون فرضا وقال عليه السلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر اذا كان له مال يريد الوصية فيه ان يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده واستدل بها انها مشروعة لنا لا علينا وما شرع لنا يكون مندوبا ومن تبرع بعد الوفاة يعتبر في الشرع بحالة الحيوة وما تلونا منسوخ باية المواريث ومارويناه فهو شاذ بما نعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ثم هو محمول على انه كان في الابتداء قبل نزول اية المواريث او المراد ان ذلك لا يليق بطريق الاحتياط او الاخذ بمكارم الاخلاق كقوله عليه السلم لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الاخر ان يبيت شبعان وجاره طاو الى جنبه **قوله** والقياس يابى جوازها لما ذكرنا من الدليل اولا انها تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته ولو اضيف الى حال قيامها بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا اولى قلنا ان لا ينتقل عن ملك الموصي ويدخل في ملك الموصى له قبل القبول كما لارث وهو باطل لانه لا تدخل له على ابانة ملكه الى غيره الا برضاه او ينتقل عن ملك الموصي ولا يدخل في ملك الموصى له ما لم يقبل وفيه جعل كونه مملوكا بلا مالك او لا ينتقل عن ملك الموصي بل يبقى على حكم ملكه الى ان يقبل وهو باطل ايضا لان الميت ليس باهل للملك الا انا استحسنا جوازها بالكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين والسنة وهو قوله عليه السلم ان الله تعالى تصدق عليكم بثلث اموالكم في اخر اعماركم الحديث والاجماع الامة ولحاجة بعض الناس **قوله** ومثله في الاجارة بيانه وهو ان القياس يابى جواز الاجارة لانها بيع المعدوم الا انا اجزناها باعتبار حاجة الناس **قوله** في حديث سعد بن ابي وقاص نعم وفي بعض النسخ سعد بن مالك نعم روي انه قال في مرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم افاوصي بكل مالي قال لا قال افاوصي بنصف مالي قال لا قال افاوصي بثلث مالي قال الثلث والثلث كثير اي لا تستقل الثلث والثلث كثير **قوله** لان الساقط يتلاشى متصل بقوله وكان لهم ان يردوه اي كان لهم ان يردوا ما اجازوا

في حال حيوته موته لان اجازتهم في ذلك ساقط غير معتبر لعدم مصادفتها محلها وكل ساقط متلاش فلا يتوقف على وقت موت المورث حتى ينقلب معتبرا بعد الموت قوله غاية الامر انه يستند الى ثبوت الحق يستند عند الاجازة الى ما بعد الموت اذا اجازة الورثة تستند ثبوت الحق في الزائد على الثلث للموصى له الى اول المرض لان حق الورثة يتعلق بالتركة من اول المرض فهم بالاجازة اسقطوا حقهم في الزائد على الثلث فيثبت لان الاجازة لا تتحقق ما لم يكن لهم ان يردوه بعد الموت وفي بعض النسخ عند الاستغنا فكان قوله عند الاجازة يتعلق بهذا يكون المعنى غاية الامر ان ثبوت الحق للوارث يستند الى ما بعد الموت الى اول المرض فيكون الاجازة من الورثة حال حيوة الموصي حال ثبوت الحق فكان ينبغي ان يصح الاجازة ولا ترد بعد الموت لكن الاستناد يظهر في القايم وهذا قد مضى وتلاشى اي الاجازة قبل الموت تلاشت واضمحلت فلا تظهر هذا الاستناد في حقه فلا يعتبر **قوله** ولان الحقيقة يثبت عند الموت اي لان حقيقة الملك للورثة انما يثبت بعد موت الموصي وقبله يثبت مجرد الحق فلو استندت حقيقة الملك عند الاجازة في حال حيوة الموصي لهم ثبوت حقيقة الملك لهم في الزيادة على الثلث بدون اجازة الورثة لان اجازتهم حال حيوة الموصي لما لا في حق الملك لهم للحقيقة الملك فلو استندت من كل وجه وانقلب حق الملك حقيقة يلزم ثبوت الملك للموصى له في الزايد على الثلث بدون رضاهم اذ الرضا يبطل لان الحق له يكون رضا يبطلان الحقيقة **قوله** فحكمها ما ذكرناه اي يعتبر الاجازة بعد الموت لا قبله **قوله** وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا وعند الشافعي من الوارث وثمرة الاختلاف يظهر في مسائل حتى صحت هذه الاجازة عندنا في مشاع يحتمل القسمة ويصير ملكا للموصى له قبل التسليم ويجبر الوارث على التسليم عند الاجازة وعند الشافعي لا يتملك هنا من الوارث حتى انه لو كان سلم الى يصح وان سلم يطالب لا يجبر عليه كذا في المبسوط والصحيح قولنا لان الاجازة لازالة المانع والحكم يضاف الى السبب لا الى ازالة المانع **قوله** وليس من شرط القبض اي عندنا لان المجاز له يملك من جهة الموصي لا من جهة الوارث فلا يشترط القبض لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الميراث انما جمع بينهما بطريق التشبيه من حيث مجرد النفع العايد اليهم عند بطلانها لا غير ولكان بينهما افتراق من حيث ان الوصية لو لحقها الاجازة يصح الميراث والميراث لا يصح وان اجروا فانما افترقا لان اجازة العبد رده انما يعمل فيما كان من جهة العبد والوصية عقد من جهة العبد فاذا لا يعمل الاجازة فيها وكذلك الميراث لانه من جهة الشرع لا صنع للعبد فيه فلا يعمل فيه اجازة العبد لذلك المعنى ان نفع بطلانها لما كان عايدا اليهم كان الموصي جعلهم والورثة بالاجازة اسقطوا حقهم فيجوز **قوله** ولانه لا يرضونها ظاهر للقاتل وهذا التعليل لبيان ان الامتناع

Copyright King Saud University

وصية القاتل لحق الورثة باعتبار انهم يتضررون بها لا لحدهم ثم الورثة لو رضوا بالوصية له لحدهم يجوز
وكذا للقاتل وما قاله ابو يوسف رح لان جنايته باقية والامتناع لاجلها اي حرمانه كان
بطريق العقوبة قلنا لانم انه كان بطريق العقوبة الا ترى انه يستوي فيه الخاطي والعامد
والحال ان الخاطي لا يستحق العقوبة وانما حرمانه دفعا للغيظ عن الورثة حتى لا يتاذون في حال
ابيهم من سعى في قتله وهذا انعدم باجازة الورثة واما الصبي فهو بمعزل من الغيظ لقصور عقله
فلا يغيظ فعله الورثة مثل غيظ البالغ اياهم فلم يثبت في حقه ما ثبت في حق البالغ **قوله** ويعتبر
كونه وارثا او غير وارث وقت الموت حتى لو اوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن يصح وصيته لاخيه
بخلاف ما لو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات ابنه يبطل الوصية وفي فتاوى قاضيخان رح ولو اوصى
لاخوته الثلاثة المتفرقين وله ابن جازت لهم الوصية بالسوية اثلاثا لانهم لا يرثون مع الابن
فان كانت له بنت كان الابن جازت الوصية للاخ لاب للاخ لام ويبطل الوصية للاخ لاب
وام وللاخ لام لانهما يرثان **قوله** واقرار المريض للثلاث على عكسه اي يعتبر كونه وارثا
او غير وارث وقت الاقرار لم يصح حتى لو صار وارثا بسبب حادث بعد الاقرار صح كما اذا
اقر لاجنبية ثم تزوجها وان ورث بسبب كان قائما وقت الاقرار لم يصح الاقرار كما اذا اقر
لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبله حتى صار الاخ وارثا بطل اقراره عندنا وقال زفر رح
اقراره صحيح لان الاقرار موجب للحق لنفسه فانما ينظر الى حالة الاقرار وقد حصل لمن
هو ليس بوارث فلا يبطل بصيرورته وارثا بعد ذلك كما لو اقر لاجنبية ثم تزوجها وهذا
فارق الهبة والوصية لانه مضاف الى ما بعد الموت حقيقة او حكما ولنا انه ورث بسبب
كان قائما وقت الاقرار فتبين ان الاقرار حصل لوارثه فذلك باطل وهذا لان الحكم
مضاف الى سببه فاذا كان السبب قائما وقت الاقرار ثبت صفة الوراثة للمقر له في ذلك
الوقت بخلاف الاجنبية اذا تزوجها لانها صارت وارثة بسبب حادث بعد الاقرار والحكم لا يسبق
سببه فلا يتبين ان الاقرار حين حصل كان للوارث وبخلاف ما لو اقر لابنه وابنه عبد
ثم اعتق ثم مات الاب فهو من ورثته فاقراره بالدين جائز لان كسب العبد لمولاه فهذا
الاقرار حصل من المريض في المعنى لمولاه اذ اجنبي منه وبان صار العبد من ورثته بسبب
قائم وقت الاقرار لا يبطل ذلك الاقرار **قوله** ويجوز ان يوصي المسلم للكافر اراد به الذمي
بدليل التعليل وفي رواية الجامع الصغير الحربي هو في دارهم باطلة لانها بر وصلة وقد
نهينا عن بر من يقاتلنا لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية وفي
السراج الكبير ما يدله على الجواز ووجه التوفيق انه لا ينبغي ان يفعل فان فعل جاز ويستحب
ان يوصي الانسان بدون الثلث وحكي عن ابي بكر وعمر رض انهما قالا لان يوصي بالخمس
احب الينا من ان يوصي بالربع ولان يوصي بالربع احب الينا من ان يوصي بالثلث مع

فالاكانم

قوله الكاشح العدو الذي اعرض وولاك كشحه والكشح ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح
الذي اضمر العداوة في كشحه وانما جعل هذا التصدق افضل لان التصدق على المحب الصديق
ما يميل اليه النفس لمحبته وصداقته وفي المغرب الكاشح المنطوي له هو معنى القرابة لا غير
مع مخالفة نفسه لان نفسه لا يدعوه الى التصدق عليهم فكان ترجيح معنى القرابة في الاحسان
اولى من ترجيح جانب المحبة خصوصا ما اذا كان ذلك متضمنا لمخالفة النفس وقهرها فكان
هو اولى لا محالة **قوله** والموصى به يملك بالقبول اي بالقبول بعد موت الموصي فيصحب القبول
بلزومه ولا يصح رده على الورثة بلا رضاهم لانه بالرد ملك لهم **قوله** الا في مسئلة واحدة وهو
ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته استحسانا
والقياس ان يبطل الوصية وفي بعض المواضع القياس ان يكون ورثته بمنزلته في الرد والقبول
وفي الاستحسان يلزمهم ذلك ردوا او قبلوا **قوله** ولا يصح وصية الصبي اي سواء مات قبل
الادراك او بعد وقال الشافعي رح يصح اذا كان في وجوه الخير لانه نظر له بصرفه الى نفسه في
نيل الزلفى قال الشافعي رح على هذه النكتة لا يلزمني عدم صحة اسلامه فان اسلامه لا يصح
بنفسه وقبول الصدقة والهبة لا يصح منه مع الباقي كلاهما نظر له لان ما فيه منفعة الصبي اذا
امكن تحصيله بنفسه لا يعتبر فيه عقله ورشده والاسلام يحصل له بغيره وذلك بقبول الصدقة والهبة
فاما اكتساب الاجر بالوصية فلا يمكن تحصيله بغيره **قوله** والاثر محمول على انه قريب العهد بالحلم
مجازا يعني كان هو بالغا ولكن كان لم يمض على بلوغه زمان كثير ومثله يسمى بالغا يعني الحال
الاثر كان عمر رض لم يستقرا ان وصيته كانت لعمل القرابة وبغيره كذا في المبسوط **قوله** كما في الطلاق
والعتاق اي لا يملكها تنجيزا او تعليقا **قوله** فيصح اضافته الى حال سقوطه كما اذا قال اذا عتقت
فثلث مالي لفلان **قوله** وماله المكاتب يقول كل مملوك املكه فيما يستقبل فهو حر ثم عتق فملك
فالخلاف فيها معروف عند ابي حنيفة رح لا يعتق وعندهما يعتق **قوله** ويجوز الوصية للحمل
فيما يستقبل فهو حر ثم عتق فملك وبالحمل اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الوصية نفي
الجامع البزدوي اني وصي لرجل بما في بطن امته او دابته صح اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لعلمنا بوجوده
عند موت الموصي ثم قال الوصية بما في البطن جائزة اذا ولدته لاقل من ستة اشهر لعلمنا بوجوده
والطحاوي يعتبر المدة من وقت الوصية في الوصية للحمل وبالحمل وان ولدت لاكثر من ستة
اشهر فلا وصية له الا اذا كانت الام معتدة فله الوصية اذا ولدت الى سنتين للحكم بوجوده
بثبات نسبه وصاحب الهداية اختار قول الطحاوي رح حيث قال اذا ولدت لاقل من ستة اشهر
من وقت الوصية يحتاج الى القبول وهما ليس من اهل القبول قلنا الوصية تشبه الميراث
وتشبه الهبة لما بينا فشبهها بالهبة حصلت لمن يتصور القبول منه يشترط القبول وشبهها
بالارث لا يشترط القبول اذا حصلت لمن لا يتصور منه القبول عملا بالشبهين **قوله**

اذ لا فرق بينهما اذ يعتمد كل واحد منهما على ان يكون المحل معلوما فكما لا يصح ايراد العقد على المجهول
لا يصح استثناء المجهول منه وهذا لان الاستثناء هو المنع مما يصح اثبات الحكم فيه على الانفراد
فيصح منع الحكم عنه والاستثناء ههنا مجهول لان باب الوصية اوسع في المحل واكان يحتمل في
الجارية بطريق التبعية فجعل بمنزلة ما تناوله اللفظ في حق صحة الاستثناء لتوسع باب
الوصية كالحمل المعدوم فيه موجود لهذا المعنى قوله واذا صرح بالرجوع او فعل ما يدل
على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فمثل قوله رجعت عما اوصيت به لفلان او نحوه وفي ا
التحقيق والرجوع قد يثبت دلالة وقد يثبت صريحا والرجوع دلالة انواع احدها استهلاك
الموصى به حقيقة او حكما حتى ان من اوصى لانسان بثوب فقطعه وخاطه قميصا او اوصى
بقطن فغزله ونسجه او اوصى بحديد فاتخذ منها سيفا فهذه التصرفات دلالة الرجوع
لانها استهلاك العين حكما الا ترى انه ينقطع ملك المغصوب منه بهذه التصرفات ويرجع
من ذلك ان يخلط الموصى به بغيره خلطا لا يمكن التمييز اصلا كما اذا كان الموصى به سويقا
فلته بسمن ويرجع من ذلك ان يحدث نقصانا في الموصى به حتى خرج الموصى به عن هيئة
الادخار والبقاء الى يوم الموت كما اذا اوصى بشاة لانسان ثم ذبحها فهذا رجوع عن الوصية
واما الرجوع ضرورة ان يتغير الموصى به ويتغير اسمه لان الموصى له انما يستحق الموصى به بعد
موت الموصى بذلك الايجاب بذلك الاسم فاذا تغير الموصى به وتغير الاسم لو استحق الموصى
به لا يكون الاستحقاق بذلك الاسم بيان هذا انه اذا اوصى بحنطة لانسان فهذا الريح
بالحنطة والقها في طاحونة قبل موت الموصى حتى صار دقيقا بطلت الوصية وكذا اذا
اوصى بالكفرى في نخله فصار رطبا قبل موت الموصى او اوصى بعنب في كرمه فصار زبيبا
قبل موت الموصى او اوصى ببيضة فحضنت دجاجة على البيضة حتى اخرجت فرخا قبل
موت الموصى بطلت الوصية ولو كانت التغير في هذه المسائل بعد موت الموصى قبل
قبول الوصية او بعده لا يبطل الوصية لان التغير حصل بعد تمام الوصية وعملها لانه
تمامها بالموت فلا يوجب بطلانها ولو اوصى برطب فصار تمرا قبل موت الموصى لا يبطل
الوصية استحسانا بخلاف ما اذا اوصى بعنب فصار زبيبا والفرق ان الرطب والتمر
جنس واحد ولهذا جاز استيفاء احدهما مكان الاخر في السلم ولهذا جاز بيع الرطب
بالتمر متماثلا عند ابي حنيفة رح فلم يتغير الموصى به واما في فصل العنب فقد تغير وكذلك الاسم
فكان تغيرا مانعا للوصية ليصل الموصى به الى الموصى له على الطفح حال قوله ومن جحد
الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر في الجامع الكبير وذكر في المبسوط انه رجوع قيل ما ذكر
في الجامع محمول على ان الجحود كان عند غيبة الموصى له وهذا لا يكون رجوعا على الروايات
كلها وما ذكر في المبسوط محمول على ان الجحود كان عند حضرة الموصى له وعند حضرته

يكون

يكون رجوعا وقيل في المسئلة روايتان وقيل ما ذكر في الجامع قول محمد رح وما ذكر في المبسوط
محمول على قول ابي يوسف رح وهو الاصح لابي يوسف رح ان الرجوع نفي الوصية في الحال و
الجحود نفي الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا الا ترى ان جحود التوكيل عزل وجحود المتبايعين
اقالة ولمحمد رح ان الرجوع عن الشيء يقتضي سبق وجود ذلك الشيء وجحود الشيء يقتضي
سبق عدمه اذ الجحود نفي لاصل العقد فلو كان الجحود رجوعا لاقتضى وجود الوصية وعدمها
فيما سبق وهو محال او نقول العدم في الماضي من لوازم الجحود والوجود في الماضي من لوازم
الرجوع وتنافي اللازمين يستلزم تنافي الملزومين والا يلزم احد المحالين وهو الجمع بين
اللازمين المتنافيين او وجود الملزوم بدون اللازم فكان بين الجحود والرجوع منافاة
ضرورة كونهما ملزومين فلا يكون الجحود رجوعا لان احد المتنافيين لا يكون مستلزما للاخر
ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة قوله ولما كان ثابتا في الحال كان الجحود لغوا وذلك لان الجحود
لما كان نفيا في الماضي والانتفاء في الحال ضروري فيكون النفي في الماضي متضمنا للانتفاء في
الحال فلما كان كاذبا في النفي لم يثبت المتضمن ولما لم يثبت هو لم يثبت المتضمن فيبقى الحق ثابتا
في الحال قوله لان اللفظ يدل على قطع الشركة وهذا لان هذا اللفظ يقطع شركة الاول
عن الثاني فيه بخلاف ما لو اوصى به لرجل ثم اوصى به لاخر لان هذا اللفظ لا يقتضي قطع الشركة
ولهذا لو جمع بينهما بان قال لفلان ولفلان لا ينقطع شركة الاول قوله وقد ذكرنا حكمه وهو
ان الورثة بالخيار ان شاءوا اجازوا وان شاءوا ردوا قوله فهي لعقبة الموصى لا لفلان ولا
لورثته **باب الوصية بثلث المال** قوله ولا يضرب ابو حنيفة رح للموصى له بما زاد على الثلث باب
فالواضح بفلان في ماله بينهما اي يجعل وعلى هذا في المختصر ابو حنيفة رح لا يضرب للموصى له فيما
زاد على الثلث على حذف المفعول كانه قيل لا يجعل له شيئا منه ولا يعطيه كذا في المغرب قوله
والا في المحاباة صورتها ان يكون له عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الاخر ستمائة فاوصى
بان يباع واحد منهما لفلان بمائة والاخر لفلان اخر بمائة فههنا حصلت المحاباة لاحدهما
بالف وللاخر بخمسمائة وذلك كله وصية لانه في حالة المرض فان لم يكن له مال غير هذين
العبدين ولم يجز الورثة اجازت المحاباة بقدر الثلث فيكون بينهما اثلاثا يضرب الموصى
له بالالف بحسب وصيته وهي الالف والموصى له الاخر بحسب وصيته وهي خمسمائة فلو كان هذا
كسائر الوصايا على قول ابي حنيفة رح وجب ان لا يضرب الموصى له بالالف بجميع لانها تزيد
على ثلث المال وصورة السعاية ان يوصى بعتق عبدين قيمة احدهما الف وقيمة الاخر الفان
ولا مال له غيرهما ان اجازت الورثة يعتقان جميعا وان لم يجيزوا يعتقان من الثلث و
ثلث ماله الف فالالف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الالف للذي قيمته الفان ويسعى في
الباقي والثلث للذي قيمته الف ويسعى في الباقي قوله والدراهم المرسلة اي المطلقة

Copyright © King Saud University

وهو ما كان وصية بشيء بغير عينه ولم ينسب الى جزء من المال وهو ان يوصي لرجل بالف وللآخر
بالفين وثلث ماله الف درهم ولم يجز الورثة فانه يكون بينهما اثلاثا لكل واحد منهما بقدر جميع
وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز ان يكون له مال آخر يخرج هذا القدر من الثلث
ولا كذلك فيما اذا اوصى له بثلث ماله وللآخر بنصف ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه
لم يصح لان ماله لو كثر او خرج له مال آخر يدخل فيه تلك الوصية ولا يخرج من الثلث كذا
في شرح الطحاوي رح قوله كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع اي يبطل المحاباة ببطلان البيع
بيع بصحته قوله بخلاف ما اذا اوصى بعين من تركته قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث
وان احتمل ان يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة اي حق
الموصى له تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد مالا آخر بطل الوصية وحق
الورثة متعلق بعين التركة ايضا فيما زاد على الثلث فيبطل حقه فيما زاد على الثلث لاستحالة
اجتماع الحقين بخلاف الالف المرسلة لان الوصية فيها لا تتعين فلم يكن متعلقا بالتركة
لهذا لو هلكت ينفذ فيما يستفاد بعين ما تعلق به حق الورثة فلا يلزم بطلانه قوله ولو اوصى
بنصيب ابنه فالوصية باطلة وكذا لو اوصى بنصيب ابنه هذا اذا كان الابن او الابنة موجودا
اما اذا لم يكن فالوصية جائزة قوله يستحق في الحال اي نظرا نفرضه في الحال الى ان الكل
ماله في الحال فذكر نصيب الابن للتقدير قوله وجوابه ما قلنا اي انه وصية بمال الغير قوله
ولو اوصى بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص من السدس فيتم له السدس
ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رح وهذه الرواية تقتضي انه لا ينقص من السدس ولا
يزاد عليه وفي المبسوط اذا اوصى لرجل بسهم من ماله فله مثل اخس سهام الورثة الا ان
يكون اخس السهام اكثر من السدس فلا يزاد عليه في قول ابي حنيفة رح وقال في الجامع
الصغير له اخس سهام الورثة الا ان يكون اقل من السدس ثم يعطى له السدس فعلى رواية
الاصل جوز ابو حنيفة رح النقصان عن السدس ولم يجوز الزيادة على السدس وعلى
رواية الجامع جوز الزيادة على السدس ولم يجوز النقصان عنه وبرواية الهداية تخالفهما حيث
لم يجوز الزيادة ولا النقصان وقيل من هذا الحق بهذا الموضع الامام جلال الدين المصنف
قوله وفي رواية الا ان يزيد على السدس فيكون له السدس وقالا له مثل نصيب احد
الورثة اي له اقل الانصباء لكن ذلك الاقل لو زاد على السدس يزاد عندهما ولكن لا يزاد
على الثلث صورة هذه المسئلة اذا اوصيت المرأة بسهم من مالها ثم ماتت وتركت
زوجا وابنا فانه يعطى له السدس في قول ابي حنيفة رح وعندهما يعطى له الربع قوله هو المروي
عن ابن مسعود رض سئل عمن اوصى بسهم من ماله فقال له السدس وروي ان رجلا
اوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس قوله فانه يراد به

قال السهم في اللغة عبارة عن السدس وهو اياس بن معاوية القاضي بالبصرة قوله فيعطى
ما ذكرنا اي الاقل من سهام الورثة من السدس لينقص به او الاكثر منهما كيلا ينقص من
السدس على حسب اختلاف الروايتين ورواية هذا الكتاب الا ان ينقص عن السدس
فيتم له السدس ولا يزاد عليه لا يوافقهما قوله فيعطى ما ذكرنا على هذا التفسير قوله الجزء
اذا اعتبرت بادبر بالثاني فنعين الاول هو المعهود في اللغة اي الاسم الا غلب انما الدليل
الدليل على انه اريد بالثاني غير الاول لم يكن عيسى اذ كما في قوله نعم انا انزلنا اليك الكتاب
بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب قوله وصارت الدراهم كالدرهم يعني لو اوصى
بالدرهم الواحد وله ثلاثة دراهم فهلك اثنان فله الدرهم الباقي ان خرج من الثلث مما
بقي من ماله بالاتفاق فكذا الوصية بالدرهم وانما يصرف الهلاك الى الاستحقاق على الشركة
ويجعل الباقي على الشركة ان لو استوى الحقان فلم يكن احدهما مرتبا على الآخر وهنا لم
يكن مساويا لان حق الموصى له مقدم على حق الورثة فيصرف الهلاك الى المؤخر تقديما للمقدم
بخلاف الاجناس المختلفة حيث لا يمكن جمع نصيب الحق المؤخر في الهلاك بهذا لا يجري فيه
الجبر على القسمة لان معنى المعاوضة راجح ومعنى المعاوضة على التراضي فحقق الجبر
فلذا هلك ما هلك على الشركة وبقي ما بقي عليها قوله وبدون ذلك يتعذر الجمع يعني
الجمع انما يتحقق بقضاء القاضي على اجتهاد عندهما فلا يتحقق الجمع بدونه بل يتعذر
للقضاء فيما نحن فيه فلا يتحقق الجمع اجماعا لكن الاول اشبه للفقه المذكور وهو ما سبق
انه متى امكن الجمع جبرا امكن جمع تقديما الا ترى انه امكن الجمع بدون القضاء عندهما
فيما اذا اوصى بثلث الغنم وثلث الدراهم فكان الاول اصح قوله فلان الدين ليس بمال في
مطلق الحال اي الدين ليس بمال في الحال اي يصير مالا في المآل عند الاستيفاء قوله والعين
حال مطلقا في جميع الاحوال قوله ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت اي وقت
الوصية فالثلث كله لزيد اما اذا كان حيا ثم مات فلزيد نصف الثلث والنصف الآخر
لورثة الموصي ان مات عمرو قبل الموصي وان مات بعده فنصيبه من الثلث لورثته قوله لان الموصى
عنده صحيحة اي عند الموصي قوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل منها ما ذكر في المبسوط
لو قال الثلث بين فلان وبين ماله او ثوب في يده فانه يصح الايجاب فيمن لم يكن ذلك في ملكه
بخلاف ما اذا قال من خيطي اوصيت بيانه انه اذا لم يوجد ذلك في ملكه او هلك قبل موت
تلاشى الموصى به قوله واصل ان الوصية لامهات الاولاد جائزة وفي الذخيرة اذا اوصى
لام ولده بثلث ماله في صحته او في مرضه ثم مات فانه يصح الوصية لها من الثلث وهذا
استحسان وكان القياس ان لا يصح الوصية لام الولد لان العتق يحلها وهي امة فتستحق
الوصية وهي امة ايضا فيكون وصية للامة وهي باطلة وجه الاستحسان ان الوصية مضافة

Copyright © King Saud University

الى ما بعد عتقها لا حال حلول العتق بها بدلالة حال الموصى لان الظاهر من حال الموصى انه قصد
بالايصاء وصية صحيحة لا باطلة والوصية انما يصح ان لو كانت مضافة الى ما بعد عتقها فكذا الى آخره
الا انه ينظر ان خرجت الوصية ورقبتها من الثلث كان لها ذلك والا تصير فى الوصية الحالة
فان فضل الثلث عنها يكمل لها الثلث والوصية لعبده بعيان لم يجز لانه وصية لمولاه وهو
وارث وبثلث ماله يصح ويكون وصية بالعتق قوله لمحمد ان المذكور بلفظ الجمع وادناه
فى الميراث اثنان قيد بقوله فى الميراث احترازا عن فصل الزكوة فان لفظ الجمع هناك
ينصرف الى الواحد باجماع بين اصحابنا ثم لما كان لفظ الجمع فى الميراث منصرفا الى الاثنين
والوصية فى معنى الميراث من حيث ان كلا منهما تمليك المال بعد الموت كان الجمع هنالك
منصرفا ايضا الى الاثنين فان قيل الجمع المحلى بالالف واللام يبطل فيه معنى الجمع ويصير
للجنس قيل له تخلف الحكم عن ذلك الاصل هنا بمعنى آخر وهو انه اخت الميراث وادنى الجمع
فى باب الارث اثنان فكذا فى اخته فان قيل انما يتاتى هذا الجواب انه لو بقى جمعا يبطل لانها
بطلت الجمعية ليلا يلزم التنكير والنكارة والجهالة فى الوصية بجهالة ولهذا لو اوصى لمن
يشا ولا يخرج له او ثلث ماله لرجل كما مال لرجل لم استفاد ولا صحت الوصية مع الجهالة فى
اصله وقوله قوله بخلافه لك فى القرآن قال الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس
المراد من الاخوة اثنان فصاعدا قوله ثم كان الاشتراك اى قال للثالث اشركتك
معهما فيما اوصيت لهما كان له النصف من كل واحد منهما جميعا لتفاوت المالين وان اوصى
لاحدهما بجارية ولاخر بجارية اخرى وقيمتهما سواء ثم قال لاخر قد اشركتك معهما
فله الثلث من كل واحدة منهما عند ابى يوسف ومحمد رحمه الله وعندنا يجب فرد له من كل واحدة منهما
نصفان لانه لا يرى قسمة الرقيق فصارت بمنزلة وصيتين مختلفتين وابو يوسف ومحمد رحمهما الله
يجوزان قسمة الرقيق فصار كانه اوصى بالالف هنا وبالالف هنا ثم اشرك معهما ثالثا قوله
دينا شائعا فى النصيبين وهذا لانه دين فى حق المستحق وكان شائعا فى النصيبين باعتباره
ووصية فى التنفيذ لانا صححناه فجعلناه وصية وباعتبار الوصية ينفذ من ثلث
التركة فيتفقا اصحاب الثلث بثلث ما اقروا لان ثلث التركة فى ايديهم والورثة بثلثى
ما اقروا لكون الثلثين فى ايديهم فينفذ اقرار كل فريق فى حقه فان اقرار المريض مع
ذلك يدين مسمى فالمسمى اولى لانه اثبات الاقرار ولو قال لها ادعى فلان من مالى فهو
صادق قال ابو الليث رحمه الله لا رواية فيه وينبغى ان يكون الجواب على التفصيل ان سبق منه
دعوى فى شئ معلوم فهو له وما لا فلا شئ له وفى اللالى لو قال من يدعى شيئا فاعطوه فهو
باطل الا ان يقول ان راى الوصى ان يعطيه فاعطوه فيعطى من الثلث وفى النوازل
لو قال له ادعى على احد ما بين الف الى خمسمائة فاعطوه انه لم يبين له الاعطاء بما ادعى

ادعى

٣١٧

ابهامه بجعل معلوم فالوصية باطلة قوله وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين او دين لوارثه وللاجنبى
حيث لا يصح فى حق الاجنبى اى لا ايصاء لوارثه وللاجنبى بخلاف الاقرار لهما هذا اذا تصادقا اما
اذا انكر الاجنبى شركة الوارث او الوارث انكر شركة الاجنبى فالاقرار باطل فى الجحود
يصح فى حصة الاجنبى لم يخرج عن حق الاجنبى وانما وجب مشتركا بينهما فلا يمكن اثباته
بدون هذا الوصف قوله لان الانشاء حصة احدهما ممتازة عن الاخر بقاء اى فى حق
الاجنبى وبطلانا اى فى حق الوارث وهذا لان الوصية انشاء تصرف ابتداء ولم يكن
والشركة ثبتت حكما له وحكم الشئ هو الاثر الثابت به فالشركة ثبتت بواسطة صحة تصرفه
لم يصح تصرفه فى حق الوارث فلم يوجد علته بثبوت الشركة فاذا لم تثبت الشركة صح تصرفه
فى حق من يستحقه وهو الاجنبى ويبطل فى حق الوارث قوله ومعنى جحودهم ان يقول
الوارث لكل واحد من الموصى له بعينه الثوب الذى هو حقك قد هلك يريد بهذا ان
الورثة يجحدونه بقاء حق واحد منهم بعينه ويقولون حق كل واحد منكم يبطل ولا يدرى
من بطل حقه ومن بقى حقه فلا نسلم لكم شيئا فالوصية باطلة لانه اذا لم يعلم بقاء حق واحد
منهم بعينه لا ندرى بقاءها كذا ذكره الصدر الشهيد رحمه الله قوله فكان المستحق مجهولا كما
اذا اوصى لاحد هذين الرجلين فان الوصية باطلة لما قلنا ان المستحق مجهول وجهالته
يمنع صحة القضاء وتحصيل المقصود وهو اتمام غرض الموصى قوله ومعنى المبادلة فى هذه
القسمة لان الدار جنس واحد فيكون الافراز فى قسمة الدار الواحدة راجحا ولهذا
يجرى الجبر فيها بالاجماع او لان معنى المبادلة وان كان راجحا فى العقار الا ان فى هذه
القسمة معنى المبادلة تابع تصحيحا لتصرف الموصى وباب الوصية اوسع وهذا يقع على
خطر الوجود كالنزل والغلة قوله فيصير السهام احد عشر للموصى له سهمان ولهم تسعة فان
قيل ينبغى ان يقسم نصيب الموصى بين الورثة والموصى له على خمسة اسهم سهم للموصى
له واربعة للورثة لانه لما صحت الوصية عندهما فى عشرة اذرع بقى حق الورثة فى اربعين
قلنا زعم الورثة ان حقهم فى خمسة واربعين وحق الموصى له فى خمسة تمسكا بمذهب
محمد رحمه الله وزعم الموصى له ان حقه فى عشرة وحق الورثة فى اربعين فيعتبر زعم كل فريق فى
حقه فجعلنا لكل خمسة سهما فصار الكل احد عشر قوله ومن اوصى لرجل بجارية فولدت
بعد موت الموصى ولدا قبل القبول او قبل القسمة قوله كما فى البيع والعتق يعنى يسرى
الوصية الى الولد الحادث قبل القسمة كما يسرى البيع الى الولد الحادث قبل القبض
واذا اعتق جارية حاملا اعتق ولدها تبعا فاذا انفصلت يبقى الولد كذلك مستقلا فى
بقول اذا اوصى بعتق جارية فولدت قبل القسمة فان العتق ينفذ فيهما ان لم يخرجا
من الثلث يسعى فيهما قوله ولان اللام اصل فى الوصية لان الايجاب تناولها قصدا

Copyright © King Saud University

والولد تبع في الايصا قوله صورته مقابلته بالولد اذا اتصل به العتق مقيد باتصال القبض
للمقابلة لان مقابلة بعض الثمن بالولد انما يكون ان لو كان مقبوضا في الاصل والاولا
هذا اذا ولدت قبل القسمة اي قبل القبول ايضا فان ولدت بعد القبول وبعد القسمة
فهو للموصى له لان التركة بالقسمة خرجت عن حكم ملك الميت فحدثت الزيادة على
خالص ملك الموصى له وان ولدت بعد القبول قبل القسمة ذكر القدوري انه لا يصير
موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث فكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدت بعد
القسمة ومشايخنا قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما لو ولدت قبل
القبول وان ولدت قبل موت الموصي لم يدخل تحت الوصية وبقي على حكم ملك الميت لانه
لم يدخل تحت الوصية قصدا ولا سراية والكسب كالولد في جميع ما ذكرنا فصل في اعتبار
حال الوصية لان الاقرار ملزم بنفسه اي لا يتوقف على غيره حتى يترتب عليه الاحكام
من صحة اعتاق المقر له واقرانه لغيره وغير ذلك من الاحكام قوله والهبة وان كانت
منجزة صورة كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت فان قيل ينتقض
بما اذا وهب المريض في مرض موته جارية لرجل فانه يحل للموهوب له وطيها ولا يحل الوطي
لو كان كذلك قلنا حل الوطي مبني على الملك والملك يثبت للموهوب له بالقبض ولكن على
عرضية الانتقاض بتقرر الدين عند الموت وذلك لا يمنع حل الوطي كما في الاستحقاق
والرد بالعيب قلنا بحل الوطي بناء على ثبوت الملك اعتبارا لجهة التنجيز وقلنا ببطلانه
بالدين اعتبارا لجهة الاضافة وانما تجعل الهبة بمنزلة الوصية اذا كان الموهوب له قد
قبضه فاما اذا كان قبل القبض فانها تبطل قوله وكذا لو كان له الابن عبدا او مكاتبا فاعتق
اي يبطل الاقرار والوصية والهبة كما لو كان نصرانيا فاسلم قبل موت الاب قوله اذا تطاول
ذلك فلم يخف منه الموت وحد التطاول مقدر بالسنة والمراد من الخوف الغالب منه
للانفس الخوف قوله لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه لان المعتبر حكم المرض
مرض الموت وهو ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون كذلك اذا كان بحال يزداد
حالا فحالا الى ان يكون اخره الموت فاما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد فلا يخاف
منه الموت فلا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه وانما يكون في حكم المرض في اول ما اصابه
ذلك اذا صار صاحب فراش فصاحب الدق والسل قبل ان يصير صاحب فراش لا يكون
في حكم المريض لان الانسان قلما يخلو عن قليل مرض فما دام يخرج في حوائجه بنفسه ولم
يصر صاحب فراش لا يعد مريضا عند الناس كذا ذكره الامام قاضيخان رح والله اعلم
باب العتق في المرض ما الوصية بالعتق قوله كالضمان والكفالة الضمان اعم من
الكفالة فان من الضمان ما لا يكون كفالة كما اذا قال الاجنبي خالع امرأتك على الف على

ان

اني ضامن وكذلك لو قال بع هذا العبد بالف على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف فانه بدل الخلع يكون للاجنبي لا على المرأة والخمسمائة على الضامن دون المشتري
قوله وما نفذ من التصرف كالاعتاق والهبة قوله الا العتق الموقع في المرض اي
العتق المنفذ والعتق المعلق بموت الموصي كالتدبير الصحيح احترازا عما لو قال هو حر بعد
موتي بيوم او قال اعتقوه بعد موتي فليس هذا هو العتق الذي يبدأ به والمراد منه
ان ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو في المعنى اسبق مما يحتاج
الى التنفيذ والترجيح يقع بالسبق فيه وهذا لان العتق المنفذ بالموت يستحق استحقاق
الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وهنا بنفس الموت
يصير مستوفيا حقه والدين مقدم فكذا في معناه وقيل قوله كالتدبير الصحيح احترازا عن
التدبير المقيد مثل ان يقول ان مت من مرضي هذا او سفري هذا او من مرض كذا او
التعليل بقوله لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وغيره يلحقه الفسخ يعني الموقع والتدبير
الصحيح لا يلحقه الفسخ وكذا المحاباة في البيع لانها في ضمن البيع فيلزم بلزومه بخلاف
التدبير المقيد فانه يلحقه الفسخ من جهة الموصي بالبيع وهذا خلاف الوصية وفي الجوهرة
ولو قال ان حدث بي مرض هذا فهو حر فانه يبدأ به قبل سائر الوصايا قوله ولا معتبر
بالتقديم في الذكر لانه لا يوجب التقديم في الثبوت لان زمان التقرر بعد الموت والكل
يتقرر معا وعلى هذا قال ابو حنيفة رح اذا حابى ثم اعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباة
نصفان لتساويهما ثم ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق فان قيل ينبغي
ان يكون تمام الثلث للمحاباة الاولى عنده لان المحاباة الثانية مساوية للعتق والمحاباة
الاولى راجحة على العتق والمساوي للراجح راجح وكذا في المسئلة الثانية ينبغي ان يكون
العتق الثاني اولى عنده لان العتق الاول يساوي المحاباة والمحاباة راجحة على العتق
الثاني والمساوي للراجح راجح قلنا لا يترجح العتق والمحاباة على المحاباة بالاجماع اذا
لم يكن الغير متخللا فكذا اذا تخلل الغير قوله وهذا اشتراه بالصواب لانه ثبت
بالدليل انه حق العبد عنده فيختلف المستحق اذا هلك شيء منه قوله لانه يتلقى الملك
من جهته اي الموصى له يتلقى الملك من جهة الموصي فيكون محل الجناية مقدما عليه
ايضا قوله الا ان ملكه اي ملك الموصي فيه باق لحاجته حتى لو كان العبد ذا رحم محرم
من الورثة لا يعتق عليهم لان ملك الميت باق فيه لحاجته وهذا لان ملك الورثة
ملك خلافة فلا يثبت ما لم يستغن الاصل عنه وهذا جواب اشكال وهو انه يقال
لما كان حق ولي الجناية مقدما على حق الموصي والموصى له ينبغي ان تبطل الوصية
قبل الدفع والجواب عنه ان ملك الموصي فيه باق ما لم يدفع به وبقاء الوصية باعتبار

Copyright © King Saud University

بقاء الموصى فاذا دفع ذلك بطل فيبطل الوصية **قوله** فان فداه الورثة كان الفداء في مالهم اي
كانوا متطوعين **قوله** وهو خصم في اثباتها جواب عن اشكال على قول ابي حنيفة رح فان العتق
عنده حق العبد فلا بد من الخصومة والدعوى حتى يقبل البينة ولم يوجد الدعوى من العبد
فينبغي ان لا يقبل البينة على العتق والجواب عنه ان البينة انما وجبت من الخصم فان الموصى
له يثبت البينة حقا لنفسه فيكون خصما والبينة من الخصم مقبولة **قوله** والعتق في
الصحة لا يوجب السعاية وانكان على المعتق دين لان من عتق عبدا في صحته ثم مات و
عليه دين لم يسع العبد في شيء فههنا مثله وهذا لان الاقرار بهذين الامرين في حالة المرض
انما يمنع احدهما الاخر اذا كان احدهما متاخرا عن الاخر فيمنع المتقدم المتاخر وههنا حصلا
معا بتصديق واحد فجعل كان الامرين كانا وثبتا بالبينة فيثبتان معا لذلك ولا يمكن
اسناد العتق وهذا لان العتق لم يظهر الا ومعه الدين فانه يمنع ظهور العتق مجانا في المرض
واسناد العتق الى حالة الصحة انما يكون بعد ثبوت قضاء الدين مانعا اسناد العتق الى الصحة
فبقي العتق في المرض مقصودا **قوله** وعلى هذا الخلاف شرح الجامع الصغير وشرح المنظومة
الخلاف على عكس هذا فعندهما الوديعة اقوى وعنده هما سواء **فصل** ومن اوصى
بوصايا من حقوق الله تعالى فلا يخلو اما ان يكون كلها فرايض كالزكوة والحج والصوم والصلوة
او كلها واجبات كالكفارات والنذر وصدقة الفطر او كلها تطوعا كالوصية بحج التطوع و
الصدقة على الفقراء وما اشبههما فان جمع بين هذه الوصايا كلها فان كانت ثلث ماله
يحتمل جميع ما اوصى فانه ينفذ وصاياه كلها من ماله وانكان ثلث ماله لا يحتمل ذلك ان
اجازت الورثة فكذلك وان لم تجز الورثة فانه ينظر انكانت وصاياه كلها لله تعالى فانه ينظر
انكانت كلها فرايض فانه يبتدئ بما بداء الميت وانكانت واجبات فانه يبتداء بما بدأ به
ايضا وكذلك اذا كانت تطوعا وانكانت بعضها فرايضها وبعضها واجبات وبعضها تطوعا
فانه يبتدأ بالفرايض وان اخرها ثم الواجبات ثم بالتطوع **قوله** اذ قد جاء فيهما من الوعيد
قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها الاية قال الله تعالى ومن كفر
فان الله غني عن العالمين مكان قوله ومن لم يحج وقال عليه السلام من مات وعليه حجة
الاسلام انشاء مات يهوديا وانشاء مات نصرانيا **قوله** والكفارة في القتل والظهار
واليمين مقدمة على صدقة الفطر لان صدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر لان كفارة
الفطر ثبتت بخبر الواحد وصدقة الفطر ثبتت باخبار مستفيضة والاجماع **قوله** وعلى هذا
القياس يقدم بعض الواجبات على البعض فمن ذلك ان صدقة الفطر مقدمة على
النذر ولان صدقة الفطر وجبت بايجاب الله تعالى فيقدم على الواجب بايجاب العبد
والنذر والكفارات كلها مقدمة على الاضحية لان الاضحية اختلف في وجوبها
لم يختلفوا

لم يختلفوا في وجوب النذر والاضحية مقدمة على النوافل ثم كفارة القتل مقدم على غيرها
لان كفارة القتل اقوى الا ترى ان الاسلام شرط في ذلك ثم تقدم كفارة اليمين على
كفارة الظهار لان كفارة اليمين وجبت بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت
بايجاب الله تعالى حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين اقوى **قوله** وما ليس بواجب قدم
منه ما قدمه الموصى بان اوصى بان يحج عنه تطوعا واوصى بان يعتق عنه نسمة تطوعا و
لم يعينها واوصى بان يتصدق عنه بمائة على الفقراء لا باعيانهم فانه يبدأ بما بدأ به الميت و
انما كان لان الموصى له في هذه الصورة واحد فهو الله تعالى لان الوصية بالحج صحت
كذلك الوصية بعتق نسمة لا بعينها صحت لله تعالى لا للعبد اذا لم يكن بعينه كان مجهولا
والوصية للمجهول لا يصح فيثبت ان الموصى له واحد والمقصود واحد وهو التقرب الى
الله تعالى **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان الظاهر انه يبتداء بالاهم **قوله** وصار كما اذا صرح
بذلك وهو ان يقول ابدأ بما بدأت به هذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن اصحابنا انه
انه يبتداء بالافضل فالافضل يبتداء بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق سواء بدأ بالصدقة ام اخرها
قوله قالوا ان الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله تعالى وما كان للعبد فيجعل كل جهة من
جهات القربة مفردة ولا يجعل جهة واحدة حتى ان يقول ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات
ولزيد يقسم على اربعة اسهم لان كل جهة من هذه غير الجهة الاخرى والمقصود وانكان يتحد وهو
القربة ولكن يعتبر الجهة المسماة لانها هي المنصوص عليها وهو كما اوصى للفقراء والمساكين
وابن السبيل يقسم لكل جهة سهم وانكان المقصود من الجميع القربة ثم ما اصاب القرب صرف
اليها على الترتيب الذي ذكرنا **قوله** وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل والفرق
وقع على ابي حنيفة رح وهو ما ذكره قبل هذا الفصل في قوله ومن اوصى ان يعتق عنه بهذه
بمائة وسعيد ها فيما بينه بانه تنفيذ لغير الموصى له الى اخره **قوله** ومن خرج من
بلده حاجا يتقول حاجا لانه لو خرج للتجارة فانه يحج من بلده بالاتفاق وانه اشار
بقوله بخلاف سفر التجارة **قوله** على ما قرناه اراد به قوله قبل هذا ومن اوصى بحجة
الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا لان الواجب لله تعالى الحج من بلده الى اخره و
الله اعلم **باب** الوصية للاقارب وغيرهم **قوله** وما يروى فيه ضعيف وهو ما
روي عن النبي عليه السلام انه قال الجار اربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا واشار الى الجهات
الثلاث يمينا وشمالا وخلفا قلنا هذا الخبر لا يعرف وقد طعن رواته مع ذلك **قوله**
ويدخل فيه العبد الساكن عنده اي عند ابي حنيفة رح لاطلاقه اي لاطلاق اسم الجار
وعندهما لا يدخل وفي الزيادات والمحيط ولا يدخل فيه العبد والاماء والمدبرون
وامهات الاولاد لانه لا جوار لهم لانهم اتباع في السكنى من غير ذكر خلاف والا رملة

Copyright © King Saud University

يدخل لان سكناها مضاف اليها والتي هي ذات بعل لا يدخل لان سكناها غير مضاف اليها
فلم يكن جارا حقيقة قوله وان كانت في عدة من طلاق باين لا يستحقها وان كانت يرث
منه ان كان الطلاق في حالة المرض كذا في المغني قوله ومن اوصى لاقاربه فهي للاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه الى آخره حاصله ان عند ابي حنيفة رح ما في هذه المسألة
ستة اشياء احدها ان يكون المستحق بهذا اللفظ ذا رحم محرم من الموصي والثاني
ان ذلك لا يتفاوت من قبل الاباء والامهات والثالث يجب ان يكون ممن لا يرث
الرابع ان يقدم الاقرب فالاقرب والخامس ان يكون المستحق اثنين فصاعدا والسادس
ان لا يدخل فيه الولد والوالد ويدخل فيه الجد وولد الولد في ظاهر الرواية وروى الحسن
عن ابي حنيفة رح وهلال عن ابي يوسف رح انه لا يدخل وقال صاحباه الوصية لكل
من ينسب الى اقصى اب له في الاسلام وفي المبسوط كان هذا في زمن محمد رح لان في
زمنه ما كان في اقرباء الانسان الذين ينسبون الى اقصى اب له كثرة واما في زماننا
ففيهم كثرة لا يمكن احصارهم فينصرف الوصية الى اولاد ابيه وجده وجد ابيه
واولاد امه وجدته وجدة امه ولا يصرف الى اكثر من ذلك قوله وهو اول اب اسلم او اول
اب ادرك الاسلام وان لم يسلم على حسب اختلاف المشايخ رح وفائدة الاختلاف
تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم وهي ما اذا كان الموصي علويا
فعلى القول الاول اقصى اب اسلم علي رض فلا يدخل في الوصية اولاد عقيل وجعفر و
على القول الثاني اقصى اب ادرك الاسلام ابو طالب فيدخل فيه اولاد عقيل وجعفر
ولا يدخل اولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام قوله ولا معتبر بظاهر
اللفظ جواب اشكال على قولهما وهو ان يقال لما عملتم بسبب الاستحقاق وهو اسم
القرابة فوجب التساوي في الاستحقاق واصله اذا اوصى لبني فلان فاجاب انه لا
معتبر بهذا اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فعند ابي حنيفة رح يقيد بالاقرب
فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه وعندهما باقصى اب في الاسلام وعند الشافعي رح
بالاب الادنى فيدخل من قرابة الموصي من قبل ابيه وامه من يجمعه الى الادنى منسوب باسمه
ولا يدخل ما وراء الادنى من قرابته عنده قوله وكان له عم واحد فله نصف الثلث لما
بينا اراد به قوله من اعتبار معنى الجمعية قوله لانها مقيدة بهذا الوصف لان غرضه
الصلة لا قرابة وما كان بطريق الصلة يختص بذي الرحم المحرم كالنفقة قوله وقالا
يتناول كل من يعولهم وتلزمه نفقته ولكن لا يدخل تحت هذه الوصية من الكبير
الذي لا تلزمه نفقته قوله لان الانسان يتجنس بابيه لان الحبشي عبارة عن النسب
والنسب يكون من جنس الاباء وجنسه اهل بيت ابيه دعه امر ان اسماعيل عليه السلام

كان

جامعة الرياض
مكتبة - قسم المخطوطات

كان من هاجر من جنس قوم وابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان من جنس
قريش واولاد الخلفاء من الاماء مصلحون للخلافة فعلمنا انهم يدخلون في هذا اللفظ
دون جنس الام كذا في المبسوط قوله ولو اوصى لايتام بني فلان فاليتيم اسم لصغير
مات ابوه لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا يتيم بعد البلوغ ولان اليتيم عبارة عن الانفراد
يقال درة يتيمة اي لا نظير لها فهي منفردة فمن تفرد عمن يربيه في حال حاجته اليه حتى
كان يتيما وبعد البلوغ قد استغنى عمن يربيه لقدرته على القيام بمصالح نفسه فلا يسمى
يتيما فان قيل اليس ان الكفار كانوا يسمون رسول الله صلى الله عليه وسلم يتيم ابي طالب
قلنا هذا لطف منهم انهم يسمونه اليتيم وليس بيتيم فلا نبينا ولم يكن كما كانوا يسمونه
مذمما ويسمونه المذمم ولا يتناوله لانه كان محمدا ثم يدخل فيه الفقير والغني ههنا لتحقق
معنى اليتيم في الفريقين قوله ان كانوا قوما يحصون ويقسم عند ابي يوسف رح اي
يحصى بغير كتاب قال محمد رح اذا كانوا اكثر من مائة فهم لا يحصون وقال بعضهم يفوض
الى راي القاضي وعليه الفتوى والايسر ما قاله محمد رح كذا في فتاوى قاضيخان قوله في
هذه الاسامي يشعر بتحقيق الحاجة واما اليتيم والعمي والزمانة فظاهر وكذا الارامل
لانها جمع ارملة وهي المرأة التي مات زوجها وفارقها وهي فقيرة وفي المغرب ارمل
اي افتقر من الرمل كادقع من الدقعاء وهي التراب ثم قال وفي التهذيب يقال للفقير
الذي لا يقدر على شيء من رجل او امرأة ارمل ولا يقال للتي لا زوج لها وهي موسرة
ارملة وقال الشعبي ان الانوثة ليست بشرط بل يدخل فيه الذكر والانثى الا ان الصحيح ما نص
محمد ان الارملة هي المرأة البالغة التي كان لها زوج فارقها او مات عنها دخل
بها او لم يدخل وقوله حجة في اللغة وقال بعضهم الارملة التي لا زوج لها ولا يشترط انه كان
لها زوج قوله بخلاف ما اذا اوصى لشبان بني فلان وهم لا يحصون او لايامى بني فلان وهم
لا يحصون في الصحاح الشباب جمع شاب وكذا الشبان وفي الايضاح وقال ابو يوسف
رح اذا اوصى لشبان اهل بيته او لشيوخهم فالشبان من خمسة عشر الى خمسين الا ان
يغلب عليه الشمط والكهل من ثلاثين سنة الى خمسين والشيخ ما زاد على خمسين وجعل
ابو يوسف رح الشيخ والكهل سواء فيما زاد على الخمسين وروي عن محمد رح انه قال
الغلام ما كان له اقل من خمسة عشر وفوق ذلك والكهل اذا بلغ اربعين فزاد عليه
ما بين خمسين الى ستين الا ان يغلب عليه الشيب فيكون شيخا والايم التي لا زوج
لها بكرا كانت او ثيبا ورجل ايم ايضا وقد امتا ايمة والعقر فيه ليس بلازم فلذلك صار
اسم الايامى بمنزلة اسم الشبان في انه لا ينبئ عن الحاجة فبطلت الوصية فيما اذا كانوا
لا يحصون وفي الجامع الكبير الايم اسم لكل امرأة جومعت بنكاح جائز او فاسد او بفجور

لا تزوج لها غنية كانت او فقيرة صغيرة كانت او بالغة كذا فسره محمد رحمه الله وقيل الا الانوثة ليست
بشرط والجماع ليست بشرط والصحيح ما فسره محمد لما ذكرنا قوله ولو اوصى لبني فلان
يدخل فيه الاناث في قول ابي حنيفة اول قوليه وانما يدخل الاناث تحت هذه القضية
فيما اذا اختلط الذكور والاناث واما اذا انفرد الاناث فلا شيء لهن بالاتفاق قوله
بخلاف ما اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث هذا اذا
كانوا يحصون اما اذا كانوا لا يحصون فالوصية باطلة كذا في المبسوط وذكر في الجامع
الكبير لشمس الائمة واذا كان في بني فلان موالي عتاقة فقراء وموالي اسلموا على ايديهم
ووالوهم وفقراء موالي موالاة وحليف وعديد فهم يدخلون جميعا في الوصية يقسم
الوصي بين من يقدر عليهم من فقرائهم والحليف اسم من ياتي قبيلة فيحلف لهم ويحلفون
له على التناصر والعديد من يعد نفسه منهم وعد عليه ذلك من غير حلف وانما دخل
لان الايجاب ههنا تعلق بالنسبة الى القبيلة وهم في هذه النسبة سواء للتناصر بينهم
بهذه الاسباب قوله ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر والانثى سواء
اي في القسمة والاستحقاق حتى كانوا ذكورا او اناثا يقسم بينهم بالسوية ولو كان الكل
اناثا دخلوا تحت الوصية لان الوصية حصلت باسم الولد يطلق على الاناث حال الانفراد
كما يطلق على الذكور ثم في مسئلتنا ان لم يكن لفلان الا ولد واحد كان له الثلث كله بخلاف
ما لو اوصى لاولاد فلان له ولد واحد فانه يستحق النصف ووجه الفرق بينهما ان الاولاد
جمع واقل الجمع في باب الوصية اثنان فكان للواحد النصف كما لو اوصى لاقربائه وله
ثم واحد كان له النصف اما الولد فليس باسم جمع فانما هو جنس ومطلق الجنس
يطلق على ادنى ما ينطلق عليه كما لو حلف لا يشرب الماء او لا يتزوج النساء حنث
بشرب قطرة ونكاح واحدة واذا اوصى لاولاد فلان وليس لفلان اولاد من صلبه يدخل
تحت الوصية اولاد البنين فهو يدخل اولاد البنات فيه روايتان قوله ومن اوصى
لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين هذا اذا مات الموصى لورثته ثم
مات الموصي واما ان مات الموصي قبل ان يموت الموصى لورثته فالوصية باطلة قوله فهما
كالاخوة يعني اذا اوصى لاخوة فلان فانه يصح ويدخل فيه الاخ لاب وام والاخ لام و
الاخ لاب لان الكل يسمى اخا له فكذا ينبغي ان يدخل هنا المولى الاعلى والمولى الاسفل
لان كلا منهما يسمى مولى وهذا رواية عن ابي حنيفة قوله ولنا ان الجهة مختلفة لان
المولى الاعلى منعم والاسفل منعم عليه بخلاف الاخوة لان اسم الاخ ينطلق على كل واحد
بمعنى واحد وهو التفرع من اصل فصار الاسم عاما لا مشتركا قوله ويدخل في هذه
الوصية اي في الوصية لمواليه قوله وبخلاف ما اذا لم يكن له موالي اي موالي عتاقة ولا

اولاد

اولاد الموالي اي اولاد موالي العتاقة قوله ولا يدخل فيه موالي اعتقهم هكذا وقع في النسخ و
الصواب عتقهم ابوه او ابنه كما هو المذكور في الايضاح والجامع الكبير لان التعليل الذي
علله انما يصح في الذين اعتقهم ابنه او ابوه لا في موالي اعتقهم الموصي لان اولئك موالي
حقيقة قوله بخلاف معتق البعض هكذا وقع في النسخ لكن لسبق الاعتاب لما الصواب ان
يقال بخلاف معتق المعتق لانه ينسب اليهم الولاء واما معتق البعض فان عند ابي حنيفة رحمه الله
لا ينسب اليه بالولاء قبل لانه بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يدخل تحت اسم المولى عنده قبل تمام
الكتابة وعندهما لو نسب اليه انما ينسب بالولاء حقيقة فلا يحتاج الى ذكره والله اعلم باب باب
الوصية بالخدمة والسكنى قوله ويجوز الوصية بخدمة عبده وسكنى داره سنين معلومة
ويجوز ذلك ابدا هذا عندنا وعند ابن ابي ليلى لا يجوز شيء من ذلك موقتا ولا غير موقت
لان المنافع الحاصلة بعد موته ليست بمملوكة له فلا يصح تمليكها الغير ولكنا نقول المنافع
يحتمل التمليك ببدل كما في الاجارة وبغير بدل كما في الاعارة في حالة الحيوة فكذا بعد الممات
لحاجته كما في الاعيان فان الاعيان يصح تمليكها ببدله بان اوصى بان يباع عبده ويعني
ببدل بان اوصى بعبده لفلان وهذا لان الموصي يبقي المنافع على ملكه حتى يجعل شيئا فشيئا
تمليكه موقوفا على حاجته فانما يحدث المنفعة على ملكه كما يستوفي الموقوف عليه منفعة الوقف
على حكم ملك الواقف قوله بخلاف الميراث لانه خلافة فالارث لا يجري في الخدمة بدون الرقبة
لان الوراثة خلافة وتفسيرها ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا
انما يتصور فيما يبقى وقتين والمنفعة لا تبقى وقتين فاما الوصية فايجاب ملك بالعقد كالاجارة
والاعارة قوله فانها عارية على اصلنا اي العارية تمليك المنافع على اصلنا وعند الشافعي رحمه الله
اباحة المنافع والمعنى يشملها وهو حاجة الموصي قوله وان كان لا مال له غيره خدم الورثة
يومين والموصى له يوما اي ابدا اي اذا كانت الوصية بخدمة العبد مطلقة غير موقتة
اما اذا اوصى بخدمة عبده سنين من غير تعيين السنة وليس له غير العبد ولم يجز الورثة
فان العبد يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى ثلث سنين فاذا مضت ثلث سنين
تم وصية الموصى له بالخدمة وان كانت الوصية بخدمة سنة بعينها ومات قبل دخول تلك
السنة ان كان العبد يخرج من ثلث ماله او لا يخرج ولكن اجازت الورثة فانه يسلم العبد
الى الموصى له حتى يستوفي وصيته وان كان لا يخرج ولم يجز الورثة فان العبد يخدم
الموصى له يوما والورثة يومين حتى يمضي السنة التي عينها فاذا مضت يسلم العبد للورثة
وفي الايضاح ينظر الى الاعيان التي اوصى فيها فان كان رقابها مقدار الثلث جاز و
لا يعتبر قيمة الخدمة والثمرة والغلة والسكنى وانما اعتبر الاعيان دون المنافع لان
المقصود من الاعيان منافعها فاذا صارت المنافع مستحقة من غير توقيت وبقي

Copyright © King Saud University

العين على ملك الوارث صار بمنزلة تتمة التى لا منفعة لها فلهذا تتمة الرقبة كان وصية وثبتت
بالرقبة **قوله** عادا الى الورثة اى الموصى به الى ورثة الموصى **قوله** استحقها ابتداء اى وارث
الموصى له **قوله** لان ايجابها تعلق بالموت على ما بينا من قبل اى من فصل اعتبار حالة الوصية
فى بيان الفرق بين جواز الاقرار وبطلان الوصية بقوله بخلاف الوصية لانها ايجاب عند
الموت فى اول كتاب الوصايا بقوله لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به **قوله** فى
تحصيل النفع وهو الانتفاع بالعبد والدار **قوله** بخلاف العارية لانها اباحة على اصله
ولهذا لا يملك المستعير اعارته عنده ولهذا لا يتعلق بالاعارة اللزوم والوصية بالمنفعة
يتعلق بها اللزوم **قوله** يعنى تمليكها بالمال لاحداث صفة المالية فيها تحقيقا للمساواة
فى عقد المعاوضة لان الاجرة تقابل بالمنافع فحدثت فى المنافع صفة المالية تحقيقا للمساواة
فكان بالجواز اولى يعنى ان الخدمة منفعة محضة ليست فيها شائبة العينية فلما جاز
الوصية فيها فلان تجوز الوصية بالغلة وهى عبارة عن مال عين وهو الدراهم بالطريق
الاولى لان الايجاب يقتضى العينية **قوله** لان عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء هذا احتراز
عن الوصية بالخدمة لمجرد العبد فان هناك لما لم يحتمل نفس العبد القسمة بالاجزاء صار
الى قسمة الخدمة بطريق المهاياة **قوله** عطف منه لاحدهما على الاخر فيعتبر حالة العطف بحالة
الانفراد يعنى لما اوجب لكل واحد منهما الحق فيما اوصى بطريق العطف فانه يحتمل الوصية
بالانفراد والعطف يقتضى المشاركة فيما اوصى به لكل واحد منهما فيعتبر حالة العطف بحالة
الانفراد ولو افرد الوصية بالرقبة لاحدهما وللاخر بخدمته موصولا او مفصولا لم يكن
مشاركة فكذا فى العطف وذكر الامام التمرتاشى رحمه ولو اوصى لرجل بدار ولاخر بسكناها
فالنفقة على صاحب السكنى لان المنفعة تحصل له ونفقة العبد الموصى برقبته وان
استطاع يحل صاحب الخدمة وهكذا قالوا فى المولاة اذا مرضت ان لم يكن الانتفاع بها
بوجه فلا نفقة لها والا فلها النفقة وفى المبسوط ونفقة العبد وكسوته على صاحب
الخدمة لانه انما يتمكن من استخدامه اذا انفق عليه فان العبد لا يقوى على الخدمة
فيلزمه نفقته كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع به وان ابى ينفق برده على صاحبه
فهذا كذلك ايضا وان كان اوصى بخدمة عبد له صغير لانسان وبرقبته لاخر وهو يخرج
من الثلث فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا خدم صارت نفقته
على صاحب الخدمة **قوله** ولهذا اى ومن حيث ان الموصى له بالظرف لا يستأهل
الموصى له بالمظروف والقوصرة بالتخفيف والتشديد وعاء التمر يتخذ من قصب ولا شيء
لصاحب الظرف فى المظروف اى للموصى له بالام والخاتم والقوصرة فى الولد والفص و
التمر **قوله** وكذلك هى الخاتم مع الفص والقوصرة مع التمر والدار مع البناء **قوله** بجلال

الخدمة

الخدمة مع الرقبة يعنى لو اوصى برقبة العبد لانسان وبخدمته لاخر كما اوصى لو كان
فى كلام مفصول فلا يكون للموصى له بالرقبة من الخدمة شيء فلما كان هكذا لان اسم الرقبة
لا يتناول الخدمة بخلاف ما نحن فيه فان الخاتم يتناول الحلقة والفص جميعا واسم الجارية
يتناولها وما فى بطنها واسم القوصرة كذلك **قوله** ومن اوصى لاخر بثمرة بستانه وفيه ثمرة
فله هذه الثمرة وحدها متصل بقوله وفيه ثمرة لانه ان لم يكن فيه ثمرة فله ثمرته فيما يستقبل
ما عاش الموصى له كما فى الغلة فذكر فى الكتاب فى هذا الاطلاق ذلك ان لم يكن الثمرة موجودة وقت
الموت فالقياس ان يبطل الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث ما عاش الموصى له لانه
احتمل انه اراد به الحادث وفيه ايضا التصحيح فانه يستحق بالمعاملة وحاصل مسائل الباب
على ثلاثة اوجه فى وجه يقع على الموجود والحادث ما عاش الموصى له ذكر الابد او لا وهو
ان اوصى بغلة بستانه او ارضه او سكنى داره او خدمة عبده لان الغلة كما يتناول
الموجود يتناول ما كان بعرض الوجود فى العرف يقال فلان يأكل غلة هذه الدار ويدخل
فى ملكه فى المستقبل وفى وجه يقع على الموجود دون الحادث ذكر الابد او لا وهو ان يوصى
بالصوف على ظهر الغنم والولد فى بطنها وما يشبهها اللبن فى الضرع لان المعدوم من هذه الاشياء
لا يستحق بعقد ما وفى وجه ان ذكر الابد يقع على الموجود والحادث كالوصية بثمرة بستانه
وان لم يذكر الابد فان كانت الثمرة وقت الموت موجودة تناولها والا فالقياس ان يبطل
الوصية وفى الاستحسان يقع على الحادث الى ان يموت الموصى له ثم فى البستان السقى و
الخراج وما فيه صلاحه على صاحب الغلة لانه هو المنتفع بالبستان فهى كالنفقة فى
فصل الخدمة **قوله** وهذا بخلاف ما تقدم اى من الثمرة والغلة **قوله** اما الولد المعدوم
واختاه اى الصوف واللبن **قوله** تبعا لسبب بيعا اى لا يدخل ما على ظهر الغنم من الصوف
فى بيع الغنم تبعا للغنم ويجوز الخلع على ما فى غنمها من الصوف وفى الجامع الصغير للتمرتاشى
رحمه اوصى بغلة ارضه وليس فيه شجر ولا مال له غيرها فانها تؤاجر وثلث اجرها له لان غلتها
هنا الاجر ولو كان فيها شجر فله ثلث الثمر اوصى بغلة نخله لرجل وللاخر برقبته ولم يحمل فسقيها
على صاحب الرقبة لان الملك له واذا اثمرت فعلى صاحب الغلة لان النفع له والله اعلم **باب**
وصية الذمى واذا صنع يهودى او نصرانى بيعة او كنيسة فى صحته ثم مات اى بالاتفاق على
اختلاف التخريج عند ابى حنيفة رح لعدم لزوم الوقف وعندهما يكون ذلك معصية ولا
يقال البيعة فى حقهم كالمسجد فى حقنا والمسلم اذا جعل داره فى مسجدا فى صحته ثم لا يورث
ينبغى ان يكون البيعة كذلك لانا نقول المسجد يحرز عن حقوق العباد صار لله تعالى
خالصا فلا يورث ولا كذلك البيعة لان البيعة عندهم لمنافع الخلق فانهم يسكنون فيها
اسافلهم ويدفنون فيه موتاهم **قوله** وان اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت

Copyright © King Saud University

الوصية عند ابي حنيفة رح قال مشايخنا رح هذا الاختلاف فيما اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة
في القرى فاما في المصر لا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من احداث البيعة في الامصار
كذا في الجامع الصغير البرهاني وفي نكت الظاهر انه اراد هنا بالقرى ما ليس فيه شعاير الاسلام
شيء اما اذا كانت قرية فيها من الشعاير شيء كالمصر ولهذا لا يمكنون من بيع الخمور و
الخنازير فيها **قوله** الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في حقهم معتقدهم
لا تجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم كما اذا اوصى بحج او بان يبني مسجدا للمسلمين او بان
يسرج في مسجد المسلمين فهذه الوصية منه باطلة بالاجماع **قوله** وكذا عكسه اي يجوز لو اوصى
بان يبني كنيسة لقوم معينين اعتبارا لاعتقادهم **قوله** اشبع ثبوت مقتضاه وهو زوال
الملك في غير ما هو قربة عندهم منفي اي الايصاء فيما هو قربة على مقتضاه وهو زوال
الملك فذلك لا يورث ثم امره محمول على نفسه سعا ولا يقال كيف يكون هذا قربة
من الذمي وانه لا يثاب عليه لانا نقول الاحكام في حقهم انما تبنى على ما يظهر به لا على
الحقيقة ولو ذبح وسمى باسم المسيح لا يحل ذبيحته على ما قال علي رض اذا سمعتموهم سموا غير
الله فلا تاكلوا **قوله** وهو ما ذكرناه وهو الوصية ببناء البيعة والكنيسة **قوله** والجهة تسوق
اليه صرف هذا المال الموصى به الى الحج وبناء المسجد والاسراج فيه حيح منه على طريق التشبه
ذكر الامام قاضيخان رح واذا اوصى بما هو طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء
المسجد او بالاسراج فيه فان سمى لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم ويبطل الجهة
التي عينها لانهم ان شاؤوا فعلوا ذلك وان شاؤوا تركوا والكنائس للخصوص لا تصح لانه لا يمكن تصحيحه
تمليكا وانها ليست بقربة في اعتقادهم حتى يكون تمليكا من الله تعالى في اعتقادهم **قوله** و
في المرتدة الاصح انه تصح وصاياها وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا
فقال بعضهم لا يكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها وبين
الذمية ان الذمية تقر على اعتقادها واما المرتدة فلا تقر على اعتقادها كذا في النهاية
قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز قيل هذا اذا لم
يكن له ورثة معه في دار الاسلام اما اذا كانت الورثة معه يتوقف على اجازتهم واشار
في الكتاب الى هذا القول وليس لورثته حق حتى يكونوا في دار الحرب اذ هم اموات في حقنا
قوله ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز الوصية قوله في دار الاسلام متعلق بقوله
اوصى لا بحربي اي لو اوصى الذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب لم يجز لتباين الدارين
بينهما حقيقة وحكما كذا في المبسوط ولان الذمي لو اوصى لحربي في دار الاسلام
يجوز على ما ذكر قبل هذا وهو قوله وكذا لو اوصى له اي للمستامن مسلم او ذمي جاز
باب الوصي وما يملكه ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجه الموصي اي بعلم الموصي

ردها

فردها في غير وجهه هذا يخالف لما تره روايات الكتب من الذخيرة والتمرتاشي وادب
القاضي للصدر الشهيد والجامع الصغير للامام المحبوبي رح وفتاوى قاضيخان رح و
ذكر في هذه الكتب ان الوكيل اذا عزل نفسه عن الوكالة حال غيبة الموكل لا يصح حتى لو
عزل نفسه من غير علم الموكل لا يخرج عن الوكالة والمذكور في فتاوى قاضيخان في الوكيل
بشراء شيء بعينه والوكيل بشراء شيء بعينه اذا اخرج نفسه عن الوكالة لا يملك الا بحضرة من
الموكل ثم شيء يعرف وهو انه لو وكل رجلا قرئا الوكيل يصح رده سواء رده في وجه الموكل او
في غير وجهه والمذكور في فتاوى قاضيخان رح مقيدا بقوله بشراء شيء بعينه لا ينافي المذكور
في الهداية اذا حمل المقيد على الاخر نعم الوكيل بشراء شيء بعينه رواية التقييد ان في المعنى
لو صح رد الوكيل يلزم الموكل ضرر وهو ان يتبدل الموكل نفسه ويشتري ذلك العبد لنفسه وغيره
من الموكل والا يلزم هذا الضرر في غير المعين **قوله** فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار
فان قيل كان ينبغي ان لا يكون له الخيار لانه لما بلغ الايصاء ولم يرد حال حياة الموصي فترك الميت
الايصاء اليه معتمدا على انه يقبله فاذا رده بعد وفاته يصير الميت مغرورا من جهته **والجواب**
عنه ان الميت مغتر ههنا وليس بمغرور لانه كان من حقه ان يسأل عنه انه يقبله او لا يقبله
فاذا لم يفعل ذلك وبنى الامر على انه يقبله بعد موته ولم يصل الخبر وجعل مغترا من جهة نفسه
لا مغرورا من جهته والمغرور نفي **قوله** واذا كانت خلافة لا يتوقف على العلم كالوراثة يعني
لما كانت خلافة كالارث صح بيعه كبيع الوارث بعد موت المورث فاذا صح البيع صار لازما
حكما لنفاذ البيع فلا يملك رده بعد ذلك **قوله** وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيما
تقدم من اوائل الكتب منها ما ذكر في فصل القضاء بالمواريث من كتاب ادب القاضي و
من اعلمه من الناس بالوكالة يجوز تصرفه اي سواء كان المخبر حرا او عبدا او فاسقا او صبيا
عاقلا **قوله** ورفع الاولى اي المضرة الاعلى لان ضرر الميت ليست بمجبور **قوله** الا ان القاضي
اذا اخرجه عن الوصاية يصح ذلك استنادا عن قبله قبل ذلك **قوله** لانه مجتهد فيه اي لان
الموضع موضع الاجتهاد واذا رد صحيح عنده زفر رح دفعا للضرر عن الموصي فللقاضي ولاية
دفع الضرر عن الناس فينفذ قضاؤه ويبطل الايجاب فلا يعتبر القبول بعده ذكر في ادب
القاضي للصدر الشهيد رح في باب ما يكون قبولا للوصية ولو اوصى اليه وهو غائب حاضر
فبلغه ذلك في حضرة الموصي وبعد غيبته فقال لا اقبل ثم قبل بعد ذلك يجوز لان هذا
الرد لم يصح من غير علم الموصي كرد الوكالة لا يصح من غير علم الموكل فاذا لم يرتد الايجاب
فقبل مع القبول الا ان يكون القاضي اخرجه بذلك الرد فيكون خارجا من الوصية فينفذ
ذلك فان قبل لا يصح واختلف المشايخ رح في تخريج هذا الحكم منهم من قال انما كان كذلك لانه
على قول بعض العلماء يصح الرد بدون علم الموصي والقاضي حين اخرجه من الوصاية بذلك

الرد فقد قضى في فصل مجتهد فيه فينفذ واليه ذهب الامام السرخسي رح ومنهم من قال الاخراج
الى هذا لكن انما كان لان الوصاية لو صحت بعينه لكان للقاضي ان يخرجه ويصح الاخراج فهنا
اولى واليه ذهب الامام شمس الائمة الحلواني رح قوله ومن اوصى الى عبد او كافر اى عبد
غيره لقوله بعد يتوقف ولاية العبد على اجازة المولى قوله قيل معناه في جميع هذه الصور
سيبطل وقيل لعله ما ذكر في الايضاح ولو تصرف العبد قبل ان يخرجه القاضي نفذ تصرفه
لانه اهل التصرف ولكن يخرجه القاضي للمعنى الذي ذكرنا وهو ان منافع يده مستحقة
لمولاه فلا يجوز التصرف له ورثة الموصى فقبل الاخراج الوصاية ثابتة فينفذ تصرفه قوله في
استبداده اى عدم استبداده بنفسه لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع
بها على غيره وكذلك بعد اجازة المولى للقبح وجنايته ايضا لان هذا بمنزلة الاعارة من
العبد فلا يتعلق به اللزوم قوله وولاية الكافر على المسلم في الجملة وهو ما اذا اشترى عبدا
مسلما فانه يصح شراءه ويثبت له الملك فيه والولاية عليه الا انه يجبر على البيع والجبر على البيع
لا يشعر بعدم الولاية قوله ولانه مخاطب احترازا عن الصبي والمجنون وقوله مستبد احترازا
عن الايصاء الى عبد الغير فانه لا استبداد له عن الايصاء الى عبد نفسه وفي الورثة كبير لان
الكبير له بيع نصيبه منه فلا يتمحض للعبد الاستبداد بنفسه واما فيما نحن فيه فلا يملك
معه احد فكان مستبدا بالتصرف في الاسرار فان للقاضي ولاية البيع في هذه المسئلة
قلنا انا اثبت الايصاء الى العبد لم يبق للقاضي ولاية البيع قوله والوصاية قد تتجزى على ما هو
المروي عن ابي حنيفة رح فانه اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الاخر في الدين
روى الحسن عن ابي حنيفة رح ان كل واحد منهما يكون وصيا فيما اوصى اليه خاصة قوله رعاية
لحق الموصى والورثة رعاية حق الموصى في ابقاء الاول وصيا تصحيحا لتصرف الموصى ورعاية
حق الورثة في ضم الاخر اليه قوله ولو شكا اليه الوصي في الثاني او شكا الوصي الى القاضي
عجزه عن القيام بامر الوصاية قوله لان الوصاية سبيلها الولاية اى الوصاية انما ثبتت
بطريق الولاية بانتقال ولاية الموصى الى الوصي لا بطريق النيابة بدليل ان الايصاء يتم بقوله اوصيت الانابة
مطلقا ولو كان الانابة لم يصح الا بالتنصيص على ما هو المفتقر كالتوكيل فانه لو قال له
وكلتك لا يملك التصرف فيما لم يذكره فاذا فوض اليه من التصرف وكذا لو قال جعلتك حاكما
عليك لا ينفذ القضاء ما لم يتبين له ذلك وههنا لما صح الايصاء اليه مطلقا عرفنا انه اثبات
الولاية بطريق الخلافة والدليل عليه ان اوان ولايته بعد زوال ولاية الموصى والولاية اذا
ثبتت لاثنين شرعا يثبت لكل واحد كملا على الانفراد كالاخوين في ولاية الانكاح وكذا اذا
ثبت شرطا وهذا لان الولاية لا تحتمل التجزي لانها عبارة عن القدرة الشرعية والقدرة
لا تتجزى بخلاف التوكيل والتقليد في الحكومة قوله اصلهما الدين الذي عليهما لهما يحيف

اذا

اذا كان الدين عليهما فلكل واحد منهما ولاية الايفاء واذا كان لهما لا يكون لاحدهما ولاية الاستيفاء
قوله وقضاء الديون اى بجنس حقه قوله والمراد بالقاضي الاقتضاء اى العتق في عرفهم
يكون على الخلاف في عرفنا يراد به الطلب فيملك كل واحد منهما قوله ولو اوصى الى كل على
الانفراد قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين عن ابي القاسم الصفار رح هذا
الخلاف فيما اذا كان اوصى اليهما جميعا معا بعقد واحد فاما اذا اوصى الى كل واحد منهما
على حدة ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بلا خلاف وقال الفقيه ابو الليث رح وقول ابي القاسم
الصفار رح اصح وبه ناخذ وحكي عن ابي بكر الاسكاف رح ان الخلاف فيهما جميعا سواء اوصى
اليهما جميعا او متفرقا وذلك في المبسوط ولم يذكر في الكتاب اذا اوصى الى كل واحد منهما
على الانفراد ولكن الاصح ان الخلاف في الفصلين لان وجوب الوصية يكون عند الموت
فيثبت الوصية لهما معا بخلاف الوكالة وقد يوصي الانسان الى غيره على ظن انه يتمكن من
اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه من ذلك فيضم اليه غيره فكان بمنزلة الوصية اليهما
بخلاف الوكيلين فان راى الموكل قائم هناك واذا عجز الوكيل يتمكن الموكل من المباشرة بنفسه
فلم يكن قصده ضم الثاني الى الاول وانما كان قصده انابة كل واحد منهما مقامه بانفراده
اذا مات الموصي وقد اوصى له اخر اي فان جعلته وصيا فهو وصي في تركته وتركة الميت
الاول عندنا وعند الشافعي رح لا يكون وصيا في تركة الميت الاول هذا اذا اطلق اما
اذا قال جعلته وصيا اى لنفسي وصيا في تركته وتركة موصيه في ظاهر الرواية لان تركة
موصيه تركته ايضا وعند ابي يوسف رح في حالة يصير وصيا في تركة الموصي فقط لانه نص عليه
قوله والى الجد في النفس حتى كان له ولاية تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص
قوله ثم الجد قائم مقام الاب حالة العدم وللاب ولاية الانكاح بنفسه وبانابة غيره مقامه
فكذلك الجد له ولاية الانكاح بنفسه وبانابة غيره مقامه وكذلك فان الموصي كان له
ولاية التصرف في ماله بنفسه وبانابة غيره مقامه فكذلك الوصي بعد اقامته مقامه قوله
ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة اى نيابة عن الورثة جائزة ومقاسمة الورثة
مقاسمة الوصي الورثة عن الموصى له اى نيابة صورته رجل اوصى الى رجل واوصى لرجل
اخر بثلث ماله وله ورثة صغار او كبار غيب فقاسم الوصي الموصى له واعطاه الثلث و
امسك الثلثين للورثة فالقسمة نافذة على الورثة حتى لو هلك حصة الورثة في
يده لم يرجع الورثة على الموصى له بشيء لان له ولاية نافذة على الصغار وعلى حفظ مال
الكبار والموصى له خصم والقسمة تصح بين الخصمين فنفذت القسمة واما في عكسه
وهو ان يكون الوارث كبيرا حاضرا والموصى له غائبا فقاسم الوصي مع الوارث واعطى
الوصي الوارث حصته وامسك الثلث للموصى له لم تنفذ القسمة على الموصى له حتى لو

Copyright © King Saud University

هلك بما في يده كان للموصى له ان يرجع على الورثة بثلث ما في ايديهم لانه لا ولاية للوصي عليهم
وذكر الامام المحبوبي رحمه الله تعالى مبسوط شيخ الاسلام رحمه ان مقاسمة الوصي الموصى له
الورثة جائزة في العروض والعقار جميعا اذا كانت الورثة صغارا كلهم حتى لو هلك نصيب
الورثة لم يكن لهم الرجوع على الموصى له لان للوصي ولاية على الصغار الا ترى انه لو باع نصيب الصغار
الصغار من العقار والمنقول جميعا اما لو كانت الورثة كبارا فليس للوصي ولاية البيع على الكبير
الغايب في العقار وله ولاية بيع المنقول عليه فكذا القسمة لان القسمة نوع بيع فلذلك
قلنا اذا كانت الورثة كبارا غيبا كان مقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جائزة في العروض
دون العقار واما مقاسمة مع الورثة عن الموصى له باطلة في العقار والعروض جميعا سواء
كان الموصى له صغيرا او كبيرا حاضرا او غايبا حتى اذا هلك حصة الموصى له في يد الوصي بقيت
حصة الورثة كان للموصى له ان يرجع بثلث ما في يد الورثة ان كان قايما في ايديهم **قوله** لان الوارث
خليفة الميت ايضا فيكون خصما عن الوارث لان من كان خليفة لاحد كان خليفة له
تام مقامه وضاد تصرفه كتصرفه اذا كان غايبا فصحت قسمته عليه **قوله** ولا تصير مغرورا
يشترى للموصى حتى لو كان الموصى له جارية فاستولدها الموصى له ثم استحقت اخذها
المستحق وولدها لا تصير الولد حرا بالقيمة بحكم الغرور بخلاف الوارث **قوله** لما بينا اشارة
الى قوله لان الموصى له شريك الوارث حتى يرجع على الشريك **قوله** فلو كان للميت وصى
بحجة تقاسم الورثة واخذ الثلث فضاع الثلث في يده قبل ان يدفعه الى النايب فانه يرجع عنه
بثلث ما بقي ثم وثم الى ان يبقى شيء وانما الاختلاف فيما اذا دفعه الى النايب فهلك في يد
النايب باطلاق ما ذكرها يدل على ان الخلاف في الفصلين واحد وفي الكافي العلامة
النسفي رحمه هلك ما في يده يرجع عن الميت بثلث ما بقي فكذا اذا دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع
في يده **قوله** وقسمته جائزة وفي الجامع الصغير للموصى له بالثلث اذا كان غايبا فدفع
الورثة المال الى القاضي يجوز قسمته لان له ولاية على الغايب فكان قسمته كقسمة الغايب
قالوا هذا الجواب فيما يكال او يوزن لان القسمة فيه تميز وليس بمبادلة حتى ينفرد احد
الشريكين باخذ نصيبه من غير قضاء ولا رضاء ويجوز ان يبيع نصيبه مرابحة على ما
قام عليه من الثمن وفيما عداها لا يجوز لان القسمة فيه معنى المبادلة كالبيع وبيع مال
الغايب لا يجوز فكذا القسمة وهذا بخلاف الوصي لانه لا ولاية له على الغايب ولا على
الموصى له ولو كان في مرض موته اذا باعه بمثل القيمة **قوله** بغير رضاه لان رضاء المشتري
باخذ الوصي الثمن انما كان عند سلامة المبيع ولم يسلم **قوله** وكان ابو حنيفة رحمه يقول لا
يرجع لانه ضمن بقبضه اي لانه مثل بطلان الوصية باستحقاق الغلام ولم يكن عاملا
للورثة فلا يرجع عليهم بشيء **قوله** لان الرجوع بحكم الوصية لان البيع كان نفيذا له

فكان

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

فكان حكمه حكم الوصية والوصية تنفذ من الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه بحكم الغرور لان
الوصي يرجع على الميت اي على تركته بحكم ان الميت في فعله ان هذا ملكي لانه لما امره ببيع عبده
وتصدق بثمنه على الفقراء كان قايلا ان هذا ملكي فكان الوصي مغرورا من جهته وكان ذلك الضمان
دينا على الميت والدين يقضى من جميع التركة كذا ذكره الامام قاضيخان وذكر في الذخيرة فان
هلكت التركة لا يرجع على احد لا على الورثة ولا على المساكين ان كان تصدق عليهم بالثمن لان
البيع لم يقع الا للميت وفي المنتقى اذا اوصى الرجل الى رجل وامره ان يبيع هذا العبد ويتصدق
بثمنه على المساكين ففعلت الوصي ذلك ثم استحق العبد من يد المشتري ورجع المشتري على
الوصي بالثمن والقياس هكذا يقتضي ان يغرم يرجع الوصي بعوده الى المساكين فيغرم يجب
ان يكون عليهم وهذه الرواية تخالف رواية الجامع الصغير ووجه رواية الجامع الصغير
ان الميت حصل في غنم هذا التصرف وهو الثواب فالغرم يتبع له **قوله** وقد عرف في كتاب
القضاء اي في اخر فصل القضاء بالمواريث من فصول كتاب ادب القاضي **قوله** واذا
احتال بمال اليتيم اي قبل الحوالة فان كان خيرا لليتيم وهو ان يكون املأ اي اقدر على اداء من
الكان الاول فيجوز وان كان مثله سواء ذكر انه لا يجوز كذا ذكره الامام المحبوبي رحمه وفي الذخيرة
وان كان الثاني مثل الاول في الملاءة فقد اختلف المشايخ رحمه واشار في الكتاب انه يجوز
قوله على بعض الوجوه وهو انه اذا لم يكن مليا في تاخير الاداء والتاخير اتلاف من وجه **قوله**
لانهم يتصرفون بحكم المالكية اي باهليتهم لا بامر المولى لان الاذن فك الحجر لا انه اذن لهم في
التجارة والتاجر يحتاج الى المساهلة وتحمل الغبن في بعض التصرفات لاستجلاب قلوب
التجار فكان ذلك من توابع التجارة بخلاف الاب والوصي لانهما يتصرفان بشرط الاصلح
والاحسن **قوله** كتب كتاب الشراء على حدة لان ذلك احوط لانه لو كتب كتابا واحدا يجمع
بين الوصية والشراء ويشهد من الشهود من لم يتحمل الشهادة على الوصية فعندنا داء
الشهادة عسى يشهد بجميع ذلك فيكون شاهد زور **قوله** ويكتب من فلان وصى فلان
لما بينا اي لان ذلك احوط **قوله** وبيع الوصي على الكبير الغايب جايز في كل شيء الا في العقار
واستثنى العقار في حق الكبير الغايب اما في حق الصغير يملك بيع العقار ايضا وهذا جواب
السلف اما جواب المتاخرين انه انما يجوز باحد شروط ثلاثة اما ان يرغب المشتري فيه بضعف
القيمة او للصغير حاجة الى ثمنها او يكون على الميت دين لا وفاء له الا به قال الصدر الشهيد
رحمه وبه يفتى **قوله** لانه يملكه الاب على الكبير في صورة الناقص بقوله لان الاب على ما
سواه ينقض عن بان الاب يملكه بالولاية الحقيقية ويملكه بجهة الحفظ والنظر **قوله** و
هذا الحفاد في تركة هو لا وتبيين لان الوصي كالموصى وهم لا يملكون الا الحفظ فكذا
وصيهم فان كان للصغير مال لان تركتهم لا يملك وصيهم حفظه لان ولاية الحفظ مقصور على

تركة الموصي **قوله** عن انه تقدم عليه وصي الاب في التصرف لما بينا وهو قوله ولنا ان الاب بالايصاء
ينتقل ولاية الاب الى الاخر **فصل** في الشهادة ههنا خمس مسائل الغريمان لهما على الميت
دين والغريمان للميت عليهما دين والموصى لهما والموصى لهما والوارثان **قوله** وهذا
استحسان اي قبول الشهادة عند دعوى المشهود له الوصاية **قوله** وجه الاستحسان ان
ولاية نصب الوصي ابتداء الى الاخر **فانه يقبل** اذا كان للميت وصيان فالقاضي لا يحتاج الى ان
ينصب عن الميت وصيا آخر فاذا لم يكن له ذلك من غير شهادة فكذلك عند اداء الشهادة
اذا تمكنت التهمة يقبل له القاضي ان كان لا يحتاج الى نصب الوصي لكن الوصيان من شهدا
بذلك كان من زعمهما انه لا تدبير لنا في هذا المال الا بالثالث فاشبه من هذا الوجه ما لم يكن
ثم وصي وهناك يقبل الشهادة فكذا هنا **قوله** وله ان يثبت بهما ولاية الحفظ وولاية
المعقول عند غيبة الوارث فتحققت التهمة بخلاف شهادتهما في غير التركة لان الوصي انما
صار خصما بقبول الوصاية فيما هو من جملة الميراث اما فيما للوارث الكبير على الاجنبي له
بطريق الارث هو كاجنبي آخر **قوله** وابو حنيفة رحمه فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رحمه
اي لا يجوز شهادة من يوصي الشاهدين في حق الاخر لا في حق الدين ولا في حق الوصية
بالف درهم **قوله** وعن ابي يوسف رحمه مثل قول محمد رحمه اي يجوز شهادة كل فريق من الشاهدين
في حق الاخرين في حق الدين ولا يجوز في حق الوصية بالف درهم فصار عن ابي حنيفة رحمه
روايتان عن ابي يوسف رحمه كذلك عن محمد رحمه رواية اخرى لحقه وحسن هذه
المسائل على الاختصار فيه في الوجه الاول يقبل الشهادة بالاجماع وهو ان يشهد الرجلان
بوصية على الرجلين كالعبد ويشهد الموصى له بها لهذين الشاهدين بوصية عين اخرى
كالجارية لانه لا شركة للشهود فيه فلا يتمكن التهمة وفي الوجه الثاني لا يقبل بالاجماع
وهو ان يشهد الرجلان بالوصية بجزء شايع كالوصية بثلث ماله ويشهد المشهود لهما
للشاهدين بمثل ذلك لانهما اوجبا شركة **قوله** فيهما فيما شهدا به للاخرين وكذلك
اذا شهد للاخرين بالف مرسلة ايضا وفي الوجه الثالث لا يقبل ايضا وهو ان يشهد
الرجلان ان الميت اوصى بهذين الرجلين بعين كالعبد ويشهد المشهود لهما ان الميت
اوصى للشاهدين الاولين بثلث ماله لان الشهادة مثبتة للشركة فتحققت التهمة
لا يقال بان لهما في هذه الشهادة مضرة وهو ان لا يسع التركة في حق الغريمين فينتقص
حقهما بالشركة لانا نقول هذا ضرر موهوم عسى يتحقق وعسى لا يتحقق ومنفعة ثبوت
حق المشاركة فيما يستوفيه الاخر متحققة فترد الشهادة لهذا والله اعلم **كتاب الخنثى**
اعلم ان الله تعالى خلق آدم ذكورا واناثا كما قال الله تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء
وقال الله تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين كل واحد منهما ثم

بيان حكم من هو ذكر وانثى بدليل انه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد وكيف يجتمعان وبينهما
مضادة **قوله** والآلة البول من اي موضع كان فهو دليل على انه هو العضو الاصلي وذلك
انما يقع الفصل بين الذكر والانثى عند الولادة الالة وذلك في الادمي وفي سائر الحيوانات
وعند انفصال الولد من الام منفعة تلك الالة خروج البول منها وما سواه من المنافع يحدث بعد
ذلك فعرفنا ان المنفعة الاصلية للالة كونها مبالا فاذا كان يبول من مبال النساء عرفنا انه هي
وان كان الاخر تبول تبول في البيت **قوله** وان بال منهما فالحكم للاسبق لان الفقه فيه انه حين سبق الاول
لم يكن له معارض فاختار الاسم الحال فبان ان يأخذ الاخر ذلك الاسم والثاني يعارضه الاول حين
وجوده فيترجح السابق **قوله** وان كانا يخرجان منهما على السواء فهو مشكل بالاتفاق اي اذا كانا في
في الخروج والكثرة على السواء كان مشكلا بالاتفاق وفي شرح الطحاوي رحمه وقال ابو يوسف رحمه ومحمد رحمه
يعتبر الاكثر منهما فالمستوعب في الكثرة فالواجب الاعلم لنا به ثم ان ابا حنيفة رحمه استقبح الترجيح بالكثرة
على ما حكي عنه ان ابا يوسف رحمه لما قال بين يديه يعتبر من اكثرهما بولا فقال يا ابا يوسف هل
رأيت قاضيا يكيل البول بالاواقي اي الكثرة على الحقيقة لا يعرف الا بالكيل ولا يجوز الاشتغال به
قوله وكذا اذا تعارضت هذه المعالم ان ظهر فيه علامة الرجل وعلامة المرأة **فصل** في
احكامه **قوله** فان قام في صف الرجال احب له ان يعيد صلوته وانما قال باستحباب الاعادة
دون الوجوب لان المسقط هو الاداء معلوم والمفسد وهو محاذاة الرجل المرأة في صلوة
مشتركة موهوم فللتوهم احب له ان يعيد الصلوة كذا في المبسوط وذكر في الذخيرة فان قام
في صف النساء فصلى قال الحاكم له ان يعيد صلوته لانه صبيه او صبي فاكانت صبية جرتها
صلوتها ويحتمل ان يكون صبيا فيفسد صلوته فيؤمر بالاعادة تحقيقا واعتبارا فان لم يعد
فلا شيء عليه ان كان مراهقا وان كان بالغا مشكلا حالة يلزم الاعادة حتما ايجابا لانه
ذكرا وانثى فان كان انثى لا يلزمها الاعادة وان كان ذكرا عليه الاعادة احتياطا **قوله** ويعيد الذي عن
يمينه وعن يساره والذي خلفه بحذائه صلوتهم احتياطا لاحتمال انه امرأة وفي المبسوط
المراد من الاعادة هو الاعادة على طريق الاستحباب لما بينا ان محاذاة الرجل المرأة في
حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فينبغي لهم ان يعيدوا صلوتهم لهذا **قوله** وهو
على الاستحباب لان الامر بالاعادة اذا صلى بغير قناع على الاستحباب لان الفساد موهوم
والمسقط هو الاداء معلوم **قوله** ويبتاع له امة تختنه ان كان له مال لانه يباح لمملوكته
النظر اليه رجلا كان او امرأة هذا التعليل وان كان صحيحا في حق الرجل فاسدا في حق المرأة
لان الامة في النظر الى سيدتها كالاجنبيات والاوجه ما ذكر في الذخيرة لانه اشترى الولي
جارية للخنثى فانه يملكها الخنثى ذكرا فهذا نظر المملوكة الى مالكها وان كان الخنثى انثى فانه
نظر الجنس الى الجنس وانه مباح حالة العذر فعلم بهذا ان شراء الجارية له على تقدير انه كان

Copyright © King Saud University

الخنثى انثى باعتبار ان نظر الخنثى اخف من نظر الرجل الى خلاف الجنس له انيكون للملك اثر فى اباحة
نظر المملوكة الى سيدها **فان قيل** هذا المعنى موجود فيما اذا نفخ المولى امراة الخنثى بان الخنثى
لو كان ذكرا كانت هذه امراته وان كانت انثى كان فيه نظر الجنس الى الجنس حتى لا يحتاج الى
شرى الجارية بالمال الكثير قيل تزويج المراة للخنثى لا يفيد اباحة الختان لان النكاح موقوف
قبل ان يستبين امره لجواز انيكون ذكرا فيجوز النكاح ويجوز انيكون انثى فلا يجوز
فاذا كان مشكل الحال كان النكاح موقوفا والنكاح الموقوف لا يفيد اباحة النظر لها الفرج
هكذا ذكر شيخ الاسلام رح وذكر شمس الائمة الحلوانى رح انما لم يقل تزوج له امراة عاقلة لانا لا
نتيقن بصحة نكاحه ما لم يتبين امره ولكن لو فعل هذا كان مستقيما لان الخنثى ان كان امراة
فهذا نظر الجنس الى الجنس وان كان ذكرا فهو نظر المنكوحة الى زوجها وبعض مشايخنا رح
قالوا انما لم يقل يحدث ذلك لان تلك المراة يبقى معلقة اذا لم يصل اليها فانه لا يمكن التفريق
بينهما لانه بمنزلة صبى لا يصل الى جنسها فى الاجماع كذا فى الذخيرة **قوله** ويكره له فى حيوته لبس
الحلى والحرير وفى قوله فى حيوته لا يفيد زيادة فائدة لان الحيوة يستفاد من ذكر اللبس
ومن ذكر اختصاص الكراهة وبعد الموت اللباس وان كان للميت الا انه اتبع لفظ المبسوط
وانما هو وقع فى لفظ المبسوط ذلك لانه ذكر هذه المسئلة بعد ذكر تكفين الخنثى اذا مات
لاظهار المقابلة لا لبس الحلى والحرير لا يحل للرجل ويباح للمراة فكان الاحتياط فى ترك اللبس
كيلا يكون واقعا فى الحرام ان كان رجلا **قوله** وان انكشف قدام الرجال لاحتمال انه امراة او قدام
النساء لاحتمال انه رجل وهذه المسئلة تدل على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات
محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل انه لو كان كنظر الرجل الى الرجل جاز للخنثى ان تكشف للانثى فانه ليس المراد من
التكشف ابداء العورة لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد انيكون فى ازار واحد وفى
نظر المراة الى المراة روايتان **قوله** وان يسافر من غير محرم من الرجال وقيد بقوله من الرجال
لانه يكره ان يسافر معه امراة محرما كان او غير محرم لانه من الجائز انه انثى فتكون هنا
مسافرة امراتين بغير محرم لها فذلك حرام وان كان انثى يكره لها تركا اى ترك لبس المخيط
فان المراة فى احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما
استوى الجانبان لا يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فيتوقف فيه وقال الاعلم لكن بر وقال محمد
رح يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة افحش من لبسه وهو رجل لان
لبس المخيط للرجل فى احرامه جائز عند العذر واشتباه امره من ابلغ الاعذار واما
ترك الستر للمراة فغير جائز فى حال من الاحوال ولبس المخيط اقرب الى الستر وبنى حال
المراة على الستر كما فى حال غير الاحرام **قوله** لان الحنث لا يثبت بالشك لان مع الاشكال
لا يتيقن بوجود الشرط والمعلق بالشرط لا ينزل ما لم يوجد الشرط حقيقة فكان هذا نظير

ما لو قال ان لم ادخل الدار فلان فيعبد حرثم مات ولم يعلم ادخل ام لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق
بهذا المعنى فكذلك ههنا **قوله** لما قلنا لان الحنث لا يثبت بالشك **قوله** وان قال بالقولين
اى بقولها بين جميعا بان قال كل عبد لى فهو حر **قوله** وان لم يكن مشكلا ينبغى ان يعقل قوله
اى لم يظهر لنا بعض العلامات لان الانسان امين فى حق نفسه والعقل قول الامين
ما لم يعرف خلافه كما قال الائمة ان المعتدة اذا قالت انقضت عدتى والحكم فى كان
القول قولها ما لم يعرف خلاف قولها ومتى عرف كونه مشكلا فقد عرف خلاف ما قال وفى
انه مجازفة فى مقالته لانه لا يعرف فى نفسه انه كان مشكلا الا ما يعرفه نحن **قوله** لان حل
الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء اى غسل الرجل المراة وغسل المراة الرجل غير ثابت
بعد الممات لان النظر الى العورة حرام وبالموت لا ينكشف هذه الحرمة الا ان ينظر الى الجنس
اخف فلا يحل العرض اى النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ فى وجوب ستر
عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس ولا نعرف جنسه انه من جنس الرجال او من النساء
تعذر غسله لانعدام من يغسله وصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل
به فيتيمم بالصعيد وهو نظير امراة بين الرجال ليس فيهم امراة فانهم ييمموها بالصعيد
ان كان الميمم اجنبيا يممها مع الخرقة وان كان ذا رحم محرم منها يممها بغير الخرقة وكذلك
اذا مات الرجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء تيممه بالصعيد من غير خرقة
ان كان الميمم ذات رحم محرم منه وبخرقة ان كانت اجنبية منه ليتيمم بخرقة فلا باس بان ينظر الى
وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز انيكون امراة وفى هذا اخذ بالاحتياط **قوله** و
ان ذكروا ازاد على الثلاث فلا باس به لان عدد الكفن معتبر بعدد الثياب فى حال الحيوة
فالزيادة على الثلاث فى الكفن للرجل لا يعتبر كما فى حال الحيوة فان للرجل ان يلبس حال
حيوته الزيادة على الثلاث ولما اذا كان انثى كان فى الاقتصار على الثلاث ترك السنة
فان السنة فى كفن المراة انيكون خمسة اثواب فكان احوط الوجهين ما ذكرنا **قوله** وهو قول
عنه فى توريث الخنثى المشكل ان يعطى له ميراث النساء الا انيكون اسوء حالا لان
يكون ذكرا عند ابى حنيفة ومحمد رح وفى قول ابى يوسف رح وعامة الفقهاء وعن الشعبى
وهو قول ابن عباس رض نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى **قوله** وقالا للخنثى نصف
ميراث ذكر ونصف ميراث انثى هذا وقع مخالفة لعامة روايات الكتب لان محمدا مع ابى حنيفة
رح فى عامة الروايات ويحتمل ان يراد بهما قالا على قياس قول الشعبى رح للخنثى نصف ميراث
ذكر ونصف ميراث انثى ثم تكلموا فيما اذا كان الخنثى حيا ان يستبين امره فى
الثانى انه كيف يقسم المال بينهما فمنهم من يقول يدفع الثلث الى الخنثى والنصف الى الابن
ويوقف السدس الى ان يتبين امره لان المستحق لهذا السدس منهما مجهول فيوقف الى ان

Copyright © King Saud University

بسببين المستحق كما في الحمل والمفقود فانه يوقف نصيبهما الى ان يتبين حالهما واكثرهم على انه
يدفع ذلك الى الابن لان سبب استحقاقه لجميع المال وهو البنوة معلوم وانما ينتقص حقه
بمزاحمة حق الغير والخنثى مزاحم الا في الثلث فيما عدا ذلك يبقى مستحقا له توضيحه انا حكمنا بكون
الخنثى انثى حيث اعطاه الثلث مع الابن وبعدما حكمنا بالانوثة في حقه يعطي الذكر ضعف ما
يعطي الانثى فيفارق الحمل والمفقود فانا لم نحكم فيهما بشيء من ذكورة وانوثة فلهذا توقف
نصيبهما واذا دفع الثلثان الى الابن هل يؤخذ منه الكفيل قال بعض مشايخنا رح وهو على
الخلاف المعروف في الدعوى ان القاضي اذا دفع المال الى الوارث لم يأخذ منه كفيلا في قول
ابي حنيفة رح وعندهما يحتاط في اخذ الكفيل عليهم جميعا وانما لم يجوز ابو حنيفة رح اخذ
الكفيل هناك للمجهول وهنا انما يأخذ الكفيل للمعلوم وهو طريق مستقيم نصوب به
القاضي قضاءه وينظر لمن هو عاجز عن النظر لنفسه وهو الخنثى فيأخذ من الابن كفيلا
للثلث فان تبين ان الخنثى ذكر استرد ذلك من اخيه وان تبين انه انثى فالمقبوض سلم
للابن **قوله** واختلفوا في قياس قوله قال محمد رح المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة
وللخنثى خمسة **قوله** وقال ابو يوسف رح المال على سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة
ثم التفاوت بين تخريجهما ان على تخريج قول ابي يوسف رح ما كان نصيب الخنثى اكثر مما نصيبه
على قول محمد رح لان ثلاثة من سبعة اكثر من خمسة من اثني عشر لانا لو زدنا على نصف
سبع على ثلاثة اسباع يصير نصف المال والخمسة لا يصير نصف المال الا بزيادة سهم من
اثني عشر وهو نصف السدس ونصف السدس اكثر من نصف السبع فثبت ان ما قال
ابو يوسف رح انفع للخنثى والطريق الواضح فيه ان نضرب السبعة في الاثني عشر حيث
لا موافقة بينهما فيصير المجموع اربعة وثمانين ثم اضرب حصة من كان له شيء من الاثني
عشر في السبعة وللخنثى خمسة من اثني عشر فاضربه في السبعة فيكون خمسة وثلاثين
وظهر ان التفاوت بسهم من اربعة وثمانين سهما **قوله** الا ان يكون نصيبه لو قدرناه
ذكرا فح يعطي نصيب الابن في تلك الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا
واما واختا لاب وام خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا
في الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة الربع و
للاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين منهما فيجعل ذكرا فيهما لانه لو كان
انثى في المسئلة الاولى يعول الحساب الى ثمانية لانه يكون صاحب فريضة وفرضه ثلاثة
من ستة للزوج ثلاثة وللام سهمان ولو كان ذكرا يكون له الباقي وهو سهم وسهم من ستة
اقل من ثلاثة من ثمانية ولو كان انثى في المسئلة الثانية لكان له نصف المال ستة من اثني
عشر من اثني عشر فيعول الى ثلاثة عشر ولو كان ذكرا كان للمراة الربع وللاخوين لام

الثلث

جامعة الرياض المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

الثلث من اثني عشر وللخنثى خمسة وخمسة من اثني عشر اقل من ستة من ثلاثة عشر لانه نصف
المال بنصف سهم وذا سهم ولو ماتت المراة وتركت زوجا واختا لاب وام وخنثى لاب فللزوج
النصف وللاخت لاب وام النصف ولا شيء للخنثى لان اسوء حاله ان يكون ذكرا لانه لو جعل ذكرا
لا نصيب له شيء ولو جعل انثى لكان له السدس وتعول المسئلة فيجعل ذكرا **مسائل شتى** فاذا جاء
من ذلك ما يعرف به اقراره فهو جائز انما جاز من الايماء والكتابة ما يعرف به اقراره فهو كوصيته
وصيته وانما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان ما يجيء من الاخرس ومعتقل اللسان على نوعين
احدهما ما يكون من دلالة الانكار كما اذا حرك راسه عرضا مثلا والثاني ما يكون ذلك منه
دلالة الاقرار كما اذا حرك راسه طولا اذا كان ذلك معهودا منه في نعم ولا يجوز ذلك في
الذي يعتقل لسانه بضم الياء وفتح القاف على البناء للمفعول وفي المغرب اعتقل لسانه
بضم التاء اذا احتبس عن الكلام ولم يقدر عليه **قوله** كالوحشي من المتوحش الاهلي في
حق الزكوة اي ما توحش من النعم فزكوته العقر والجرح كالوحشي الاصلي ولم يفصل بين
الوحشي الاصلي والعارضي فكذا هنا **قوله** حتى لو امتد ذلك وصار له اشارات معلومة
وحد الامتداد سنة كذا ذكره التمرتاشي رح وذكر الحاكم ابو محمد رواية عن ابي حنيفة رح انه
قال ان دامت العقلة الى وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه
عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان كالاخرس قالوا وعليه الفتوى كذا ذكره الامام
المحبوبي رح **قوله** فقال الا بل عرفناه بالنص جواب عن قول الشافعي رح كالوحشي في المتوحش
الاصلي وهو ما روي عن رافع بن خديج ان بعيرا من ابل الصدقة ند فرماه رجل بسهم
وسمى فقتله فقال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فاذا فعلت شيئا من ذلك فافعلوا بها
فعلتم بهذا ثم كلوه كذا ذكره صاحب المبسوط **قوله** ولا تقاس عليها ما فيثبتان بجميع انواعه
اي يحد الاخرس اذا كان قاذفا بالاشارة او الكتابة كذا اقر بالزنا او السرقة او الشرب لان
المقر على نفسه ببعض الاسباب الموجبة للعقوبة ما لم يذكر اللفظ الصريح لا يستوجب العقوبة
قوله ولا يحد له حد القذف خاصة اذا كان مقذوفا **قوله** وهو اي العجز في حق الاخرس اظهر
والزم وذلك لان الظاهر من حال الغايب انه يحضر واما الاخرس فالظاهر من حاله انه لا
يزول خرسه فلما قبل الكتابة من الغايب في ثبوت الاحكام مع رجاء النطق بالحضور
لان تقبل في حق الاخرس اولى **قوله** ثم الكتاب على مراتب مستبين احترازا عن غير المستبين
وهو الكتابة على الهواء والماء مرسوم اي معنون اي مصدر بالعنوان وهو ان يكتب
في صدره من فلان الى فلان وينوي فيه اي يطلب منه البينة فيه **قوله** ليست بصريح
الكتابة ههنا لانها فعل والكتابة الحقيقية انما يكون في القول وذكر الامام التمرتاشي رح
واذا كتب مستبينا لكن غير مرسوم كالكتابة على الجدار او اوراق الاشجار وعلى الكاغد

Copyright © King Saud University

لا على وجه الرسم كان لغوا لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا وقد يكون حجة اذا كان مستبينا مرسوما
ويشبه ذلك باقراره او جنبه فهو كالخطاب حتى لو جحد يسع شهد كتابته
ان يشهدا ذا عرف ما في الكتاب وان كتب غير مستبين لم يكن اقرارا وان شهد وقال كتبت
هذا كذا فاشهد والذي كتبت غلط واكان مستبينا غير مرسوم ان اشهد عليه كان
اقرارا لان الكتابة قد يكون للتجربة وقد يكون للتحقيق وبالاشهاد يقع البيان ولو كتب
ذكر حق بين يدي قوم وهم يعرفون ما يكتب ثم قال لهم اشهدوا علي بما فيه يصح الاشهاد
وكذا لو املاه على غيره حتى كتبه وهم يعلمون ما ذا يملي ثم اشهدهم وفي الباب ما يكون
اقرارا لو كتب على نفسه صكا بالف لفلان والقوم ينظرون اليه يعرفون ما يكتب فقال لهم
على ما فيه كان اقرارا وان لم يقل لهم اشهدوا وهل يكون ذلك اقرارا ذكر ابو الشريد قبل
لا يكون اقرارا وقيل يكون لان الظاهر يدل على ان المال عليه والاحكام تبنى على الظاهر
وقد يثبت الحكم بدون اللفظ كما في بيع التعاطي ونكاح الفضولي مع العقد على
التكلم فلان يثبت هنا والعجز يتحقق اولى **قوله** لو شهد وا بالوطي الحرام اعم ان الوطي
الحرام مطلقا انما هو الزنا لاحتمال ان يكون حراما معتدا **قوله** وان لم يوجد التعدي
لفظ التعمد في الشهادة والاقرار **قوله** ويحتمل ان يكون الجواب هنا كذلك اي لا يكون الكتابة
حجة في الاخرس فيكون فيهما روايتان اي في الاخرس والغائب عنه الاخرس **قوله** لا ترجيح
هنا بينهما متعلق بقوله بخلاف ما توهم بعض اصحابنا ان نيكون دليل كونه مخالفا لما
توهم البعض **قوله** وفي الكتابة زيادة بيان لا تزيغ المقصد منهما بلا اشتباه **قوله** لما انه
اقرب الى النطق اي الاشارة اقرب الى الكلام من الكتابة لان العلم بالكتابة انما يحصل
بالنار والاقلام وهي منفصلة عن المتكلم واما العلم الحاصل بالاشارة حاصل بما هو متصل
بالمتكلم وهو اشارته بيده او براسه فكان المتصل بالمتكلم اقرب اليه من المنفصل
منه فكان الاعتبار لما هو الاقرب الى الموضع للبيان اولى وقيل الاشارة اقرب الى
النطق لان النطق لا يستقيم كما يوجد بلا شي ويضمحل فكذا الاشارة بخلاف الكتابة
قوله وكذا الذمي صمت يوما او يومين بعارض اي لا يجوز اقراره بان اومى براسه نعم
او كتب وهو معطوف على قوله ولا يجوز ذلك في الذي يعتقل لسانه **قوله** فان
كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها فاكلوا هذا بخلاف الثياب فانه يتحرى فيها بكل
حال سواء كانت الغلبة للطاهر او للنجس او استويا لان حكم الثياب اخف فان هذا
لو لم يكن معه الا ثوب احد وربعه طاهر يصلي فيه بالاجماع وان كان ثلاثة ارباعه
نجسا واما اذا كان الطاهر اقل من الربع فكذلك عند محمد وعندنا ابي حنيفة
وابي يوسف يتخير بين ان يصلي فيه او يصلي قاعدا بالاشارة فلما جازت الصلوة

فقد

في ثوب نجس حالة الضرورة فلان يجوز بالتحري حالة
الاشتباه اولى وهذا اذا كانت الحالة حالة
الاختيار اي ان لم يجد ذكية بيقين بخلاف
ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة
اغلب لانه لا ضرورة لان الحالة
حالة الاختيار ويوجد
ذكية بيقين
الله اعلم بالصواب
واليه المرجع
والمآب

كاتبه حافظ امير الدين الكشميري غفر الله له و
لوالديه واحسن اليهما واليه آمين
يا رب العالمين

تاريخ بستم شهر جمادى الاول سنه يكهزار و يكصد و نود و هفت
اتمام يافت سنه ١١٩٧

بلغ المقابلة في القرطاسة هذا بحمد الله تعالى والحمد لله على ذلك
قد تم مقابلته مع نسخة صحيحة قاطعة بعون الله الملك العلام

١٣١٩

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

جامعة الرياض
المكتبة المركزية - قسم المخطوطات

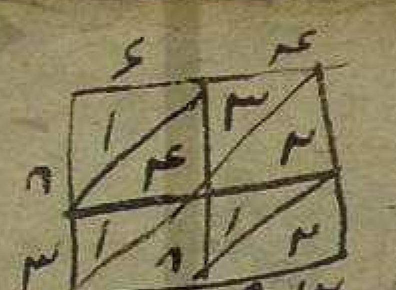
Copyright © King Saud University

سنه یکهزار دوصد پنجاه و شش بود
سال سچقان ئیل بود
مولکی

بسم الله الرحمن الرحیم

سالها دوازده است و نامها علاحده است بر هر سال طالع دیگر است در هر سال
دوازده نوع است نامها سال اینست سچقان ئیل اود ئیل پارس ئیل
توشقان ئیل لوی ئیل ییلان ئیل یونت ئیل قوی ئیل بچین ئیل تخاقو ئیل
ایت ئیل تنگوز ئیل اول سال سچقان ئیل دوازده نوع است نوع اول
دران سال موشان زیاده شود و آب سیلاب و آب باران و ماهی و زراعت نیک شود
و در میان آدمیان تلخی بود و تابستان گرم و در حکومت حاکمان جبر بود و مرگی چارپا
... بود و فسق و فجور در هند پیدا شود و دزدها دران سال بسیار پیدا شود
و در اسلام سبک بود سال دوم اود ئیل گویند دران سال گاو و صواشی بسیار شود
آب باران اندک شود و آب سیلاب میانه اندازه شود اندکه و نه بسیار و زمستان سخت شود
و مواشی گرانی بها شود و حیوانات وحشی فربه شود و گوسفند مرگی شود و در میان آدمیان
قحط سال شود و در غله نرخ گران شود و ماهی دران سال نایاب شود و در کسب ...
نفع بود و در ملکت توفیق بود سال سیوم پارس ئیل گویند دران سال دوازده نوع
شیر پلنگ بسیار در بیابان و در دشت شود و در هند خبر سخت شنود و بعضی آدمیان ...
... و شغال و گرگ ... بسیار پیدا شود و ادمیان خوشی و خورمی و زراعت غله بسیار
شود و هر سال در تجارت نفع بود و در ... نفع شود و در عزیزان ... نایاب شود
در مملکت خانه توفیق پیدا شود و در ... شود و در کسب زراعت نفع پیدا شود
و زمستان سخت شود سال چهارم توشقان ئیل گویند خرگوش بسیار پیدا شود و زراعت و
نفعت باغ و آب باران اندک شود و باد سخت بود در سند و ملتان و در هند پیدا بود و نوع و سیب
... شود در بلخ و بخارا ... ماه مرکه شود و در هند نرخ گران شود و در طاعت
توفیق ناپدید شود سال پنجم لوی ئیل گویند دران سال دوازده نوع است

Copyright © King Saud University



اسی نقیح فی کل رکعة فاتحة الکتاب و ایة الکرسی

الاخلاص ثلث مرات و یجعل ثوابها للمیت ثم

استبه فاذا بلغ المقابر قال السلام علیکم دیار قوم

یرحم الله المتقدمین منا و منکم والمتاخرین وانا

بکم لاحقون انتم لنا فرطا و نحن لکم تبع اسئل الله

السلام علیکم یا اهل القبور یغفر الله لنا ولکم انتم

و نحن علی اثرکم اصبتم خیرا جزیلا و سبقتم شرا طویلا

علیکم ایها الارواح الغائبة والابدان

البالیة والعظام النخرة التی خرجت من

الدنیا بالله مؤمنین اللهم ادخل علیهم

روحا منک و سلاما منی ثم یقوم عند القبر مستدبر

القبلة و مستقبلا وجه المیت فیقرب من القبر

...بنده شود و مکر بستر کشتا ران بسیار شود و درد تپ و درد سر

... شود و زنبور بسیار شود و شهد اندک و زراعت...

... بسیار شود و بستر در بستان ...

سال هشتم ... کوسفند ... خوردن توفیق

... در مواشی برکت ... در زمستان مرگ ... عقرب

... در مواشی زیاده ... ولکن اندک روز دفع

... برکت شود و در ولایت کابل درد سر پیدا شود و در طفلان چیچک مرگ

... سال نهم ... کویند دران ... دوازده

... بسیار شود و باران ...

... و خوشی ادمیان پیدا اید و یک چند روز در ...

کویند دران سال دوازده ... زراعت غله بسیار شود حرخط ... سال

و لیکن مرگ دختران ... بسیار شود و ... کوسفندان بسیار زیاده ... و در آدمیان خوشی

... علاج کنند یعنی ... و زاهدان پیدا شود و سر درد دران

و در اوایل ماه ... زراعت غله اندک و زمستان ...

... کویند دران سال ... ونزبان خوشی ... و در دان غم ...

... بسیار شود و در ... و در آدمیان ...

... بیماری ... پیدا شود و لیکن زود دفع شود و در کارخانه ...

... سال دهم ... کویند دران سال ... بسیار ...

... سال ... و آب باران بسیار ...

... و درد ... بسیار ... ولکن ... مواشی ...

... برکت و در مواشی ... امر معروف شود ...

دران ... سال یازدهم ... کویند دران سال ...

... بسیار زیاده و بسیار ... در خلق پیدا اید ...

... زراعت ... و در تجارت نفع ... و در ...

... و در مواشی برکت پیدا اید ...

... و در سفر ... سال دوازدهم ... کویند دران

... بسیار زیاده و ... بسیار شود و قحط ... سال ...

... سیلاب ... زمستان سخت و تابستان

... و در ولایت بصره و مصر و گجرات بسیار باران باشد و از هند ...

... پیدا اید ... تا امروز ... حساب دوازده

... چند باقی ماند

نقل من فتاوای حجة تمام

ونفعل مثل ما فعل به حال الحيوة فيقر
الكتاب واية الكرسي وسورة يس
سورة اخلاص احد عشرة مرة والمع
مرة ويزيده في القرءة انشاء و
الملك وسورة اذا زلزلة الارض و
الكاثر وغيرهما وان لم يحسن فل
تيتي ويجعل ثوابها الميت ثم يرجع في الج
راس قبر الويه او احدهما في كل جمعة
وكتب له برأة واختلف في اجلاس
عند القبر والمختار انه عند هم الكر
يكره ان يطأ القبر او يجلس عليه ا
عليه او يقضي عليه حاجته من